



**Universidade de Brasília**  
**Faculdade de Direito**

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PUBLICIDADE COMPARATIVA  
DESLEAL: UM PARADIGMA PARA O DIREITO DE MARCAS?**

Carla Frade de Paula Castro

Brasília  
2015

Carla Frade de Paula Castro

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PUBLICIDADE COMPARATIVA  
DESLEAL: UM PARADIGMA PARA O DIREITO DE MARCAS?

Monografia apresentada à Faculdade de  
Direito da Universidade de Brasília como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Me. Eric Hadmann Jasper

Brasília  
2015

Folha de Aprovação

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PUBLICIDADE COMPARATIVA  
DESLEAL: UM PARADIGMA PARA O DIREITO DE MARCAS?

Carla Frade de Paula Castro

Matrícula 10/0008933

Brasília, 9 de dezembro de 2015

Banca Examinadora:

---

Prof. Me. Eric Hadmann Jasper  
Orientador

---

Prof. Dr. Eduardo Lycurgo Leite  
Membro

---

Prof. Me. Bruno Rangel Avelino da Silva  
Membro

---

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira  
Suplente

Para Yvonne.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço à Universidade de Brasília, pelas portas que me abriu e pelo conhecimento que me trouxe, nas mais diversas áreas e nos mais diversos níveis. Concluir essa monografia significa deixar uma importante (e deliciosa) fase de minha vida para trás, e é algo que muito me entristece. Não há palavras suficientes para descrever nem agradecer o que a UnB representa para mim – enquanto pessoa, acadêmica e profissional. Espero poder voltar em breve.

Agradeço também à minha família. Mãe, obrigada pela paciência de ouvir todos os meus desabafos, angústias e alegrias ao longo desses seis anos; Direito nunca foi minha paixão, mas sempre ajudou saber que você estava lá no fim do dia com sua escuta carinhosa e compreensiva. Pai, obrigada por sempre apoiar minhas decisões e obrigada pela preocupação que sempre te deixava acordado de madrugada, esperando eu voltar dos estudos na biblioteca ou das festas. Irmã, sei que muitas vezes não te dei a devida atenção porque estava ocupada com alguma atividade acadêmica, obrigada por compreender.

Aos amigos, pelo companheirismo de sempre. Não pude estar muito presente este semestre, mas vocês estiveram ainda assim.

Quanto à monografia propriamente dita, agradeço aos amigos Arthur, Juliana e Felipe, ao Professor Davi Diniz e à equipe do Levy & Salomão do Rio de Janeiro, pela inestimável ajuda bibliográfica. Aos membros da banca, pela disponibilidade em ler o trabalho e em tecer as devidas considerações.

Por fim, agradeço imensamente ao Professor Eric Jasper, pela condução tão tranquila da orientação, pela atenção e cuidado com meu trabalho e por me acalmar nos momentos de angústia. Você estava certo ao dizer que ser orientador é também ser um pouco psicólogo.

Que venha o novo.

## **RESUMO**

Este trabalho tem por objetivo analisar criticamente o acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial 1.377.911, em outubro de 2014. Tratando de maneira inédita o tema na Corte, o acórdão concluiu que a publicidade comparativa não implica concorrência desleal ou violação de marca alheia, desde que respeitadas certas condições. Para que se possa analisá-lo, serão estudados o instituto da concorrência desleal e da publicidade comparativa. Com relação ao primeiro, é-lhe indispensável a relação de concorrência, a qual ocorre sempre em um mercado definido por suas dimensões produto, geográfica e temporal, ao passo que o elemento da deslealdade será aqui referido em termos de violação ao princípio da prestação. No que toca à publicidade comparativa, primeiramente são esclarecidos conceitos básicos e explicadas as formas pelas quais se dá o controle jurídico da publicidade; em seguida, entra-se nas minúcias – legais e doutrinárias – do controle da publicidade comparativa. Ante a constatação de que o arcabouço normativo é conflitante no pouco que regula, o que se reflete também na doutrina, reveste-se de maior importância a análise do precedente referido. Feita essa, conclui-se que o Tribunal tomou a melhor decisão. Muito embora tenha fins nitidamente comerciais, a publicidade comparativa que respeita, dentre outros requisitos, a distintividade das marcas comparadas, atuará em benefício dos consumidores, da livre concorrência e da livre iniciativa, não havendo que se falar em concorrência desleal.

**PALAVRAS-CHAVE:** concorrência desleal; publicidade comparativa; marcas; Superior Tribunal de Justiça

## **ABSTRACT**

This work aims to critically analyze the ruling delivered by the Superior Court of Justice in the Special Appeal 1.377.911 on October 2014. Working on the thesis for the first time, the Court concluded that comparative advertising does not amount to unfair competition nor to trademark infringement if certain conditions are fulfilled. In order to analyze it properly, we will proceed to a study of the institutes of unfair competition and of comparative advertising. With regard to the first one, it can not exist without competition, which always takes place in a specific market, defined by its product, geographical and time dimensions, meanwhile the unfair component will be treated as a violation of the provision principle. As to comparative advertising, we will first clarify some basic concepts and then explain the ways through which it is possible for Law to control advertising; furthermore, we will get deep into legal and academic aspects of legal control of comparative advertising. Found that the legislation scenery is not only small but also contradictory (and so are the authors), it becomes very important to analyze the precedent above. Having done that, we conclude that the Court has done a good job. Despite being commercially-oriented, if comparative advertising respects, among other things, the distinctiveness of the compared trademarks, it will act in favour of consumers, free competition and free initiative. No unfair competition can be stated.

**KEYWORDS:** unfair competition; comparative advertising; trademarks; Superior Court of Justice

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	09
1 POR UMA TEORIA GERAL DA CONCORRÊNCIA DESLEAL .....	11
1.1 Tratamento Jurídico .....	13
1.2 Mercado e Concorrência .....	16
1.3 A Questão da Deslealdade (e uma Proposta de Solução Hermenêutica) .....	19
1.4 Aspectos Marcários .....	22
2 A PUBLICIDADE COMPARATIVA NO DIREITO BRASILEIRO .....	27
2.1 Marketing, Publicidade e Propaganda .....	27
2.2 Controle Jurídico da Publicidade .....	31
2.3 Publicidade e Signos Distintivos: a Publicidade Comparativa .....	35
2.4 Panorama Normativo da Publicidade Comparativa .....	39
3 A PUBLICIDADE COMPARATIVA DESLEAL NO CONAR E NO JUDICIÁRIO .....	44
3.1 Considerações Metodológicas .....	44
3.2 O Recurso Especial 1.377.911 .....	48
3.2.1 A Controvérsia .....	48
3.2.2 Os Votos .....	50
CONCLUSÃO .....	53
REFERÊNCIAS .....	58



## INTRODUÇÃO

Um comercial televisivo mostra uma mãe que vai ao mercado com seus filhos comprar presunto e, ao ser perguntada sobre qual marca deseja, estes a interrompem para dizer que querem “aquela que começa com ‘S’ e termina com ‘A’”. Com apenas duas letras e 30 segundos de publicidade televisiva, a Seara se viu duplamente processada pela concorrente Sadia, perante o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – Conar e perante o Judiciário. O motivo da disputa? Suposta concorrência desleal marcária veiculada através de alegada publicidade comparativa.

Não tão conhecida ou estudada no meio jurídico, a concorrência desleal é uma prática extremamente fluida, que pode assumir diversas facetas e manifestar-se em diferentes meios; talvez por isso seja tão difícil enquadrá-la em um conceito fechado e preciso. Dentre esses meios, importará aqui a publicidade comparativa, a que chamar-se-á, quando veicular práticas de concorrência desleal, de publicidade comparativa desleal.

Apesar de não tão popular no Brasil como em outros países, a publicidade comparativa é um fenômeno corrente e que com frequência gera diversas dúvidas e disputas sobre os direitos dos titulares cuja marca está sendo comparada. Só o Conar já recebeu mais de 400 representações nos últimos doze anos, e quando se passa ao Judiciário o número de casos também é expressivo.

Diante desse cenário, assume relevância o recente acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ, proferido no Recurso Especial 1.377.911 em outubro de 2014 e publicado em dezembro do mesmo ano. Por ter analisado a questão da publicidade desleal em âmbito nacional e com profundidade suficiente para servir de baliza para outros casos similares, será ele alvo de uma análise mais detida na segunda parte do trabalho, tendo como base o construto teórico desenvolvido nas páginas que lhe antecederão.

O objetivo desta monografia é então estudar os institutos da concorrência desleal, sobretudo a marcária, e da publicidade comparativa como formas de adquirir as ferramentas teóricas para se pensar criticamente a discussão travada no STJ. Ressalta-se que não se tem a pretensão de ser exaustivo na temática: a concorrência desleal não será abordada enquanto tipo penal e a publicidade comparativa não será estudada por seus aspectos consumerista ou autoral, mas tão somente pelo da propriedade intelectual.

Do exposto, a pergunta a que se propõe responder é: com base no estudo desenvolvido, deve o acórdão analisado servir de paradigma para o direito de marcas em futuros casos de publicidade comparativa desleal?

Nessa tarefa, o primeiro capítulo cuidará da concorrência desleal, destrinchando seus fundamentos históricos, legais e doutrinários, além de explicitar os requisitos para que a concorrência desleal possa ser caracterizada enquanto tal. Sobretudo com relação ao componente da deslealdade, procurou-se na doutrina alemã uma forma de dar ao conceito parâmetros objetivos de identificação, baseados no princípio da prestação.

Passada essa etapa, maior atenção será dada à concorrência desleal como violação de direito de marcas, vez que a trajetória histórica e a diversidade de funções desempenhadas por esses direitos de propriedade intelectual os tornam especialmente importantes para os concorrentes, os consumidores, a concorrência e a economia em geral. Também não é raro que as marcas estejam implicadas em publicidades desleais, através de práticas de confusão, do *marketing* de emboscada e da publicidade comparativa.

Explicitadas as duas primeiras formas de publicidade desleal, o segundo capítulo abordará brevemente o mundo da publicidade – esclarecendo seus conceitos básicos e esmiuçando os fundamentos de sua regulação jurídica – para em seguida tratar mais detidamente da publicidade comparativa. Partindo da definição adotada pela União Europeia, ver-se-á como o tema se resolve no contexto brasileiro, em que o arcabouço normativo não apenas é lacunoso como, no pouco que regula, conflitante.

Diante desse quadro, entra em cena a importância e a análise do Recurso Especial já referido, em que contendem as empresas Nestlé e Danone, titulares das marcas Nesvita e Activia, respectivamente. A diversidade de opiniões e fundamentos trazidos por ocasião do julgamento mostra como a questão está longe de ser algo pacífico, e o número praticamente constante de representações ajuizadas no Conar sobre o tema é um bom indicativo de que a prática continua a ocorrer e que, portanto, uma definição jurídica da legalidade da publicidade comparativa encontra sua utilidade.

O Superior Tribunal de Justiça houve por bem considerar a publicidade comparativa amparada pelo manto da lei, desde que respeitadas as condições expostas no voto do ministro relator. Enquanto juristas, porém, não devemos nos contentar com uma postura inerte, passiva. Antes, cabe-nos o papel de pensar criticamente as ponderações de cada ministro, esmiuçá-las, festejar seus acertos e apontar suas falhas. Será esse o papel da conclusão.

## 1. POR UMA TEORIA GERAL DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

Até findos do século XVIII as profissões na Europa eram controladas – e de maneira bastante rígida – pelas corporações, e as poucas indústrias que então existiam encontravam-se sob o comando de monopólios (regulados, por sua vez, por decretos) que as mantinham em um regime de quase exclusividade.<sup>1</sup>

Essa situação perdurou até 1791, quando a Revolução Francesa, nas palavras de Delmanto, “deu o sinal de partida para o começo da competição e, pouco depois, a revolução industrial agitava a bandeira, aumentando a velocidade da corrida: iniciava-se, assim, a liberdade de disputar comercialmente”.<sup>2</sup> Desde então, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência ganharam o mundo e as mais variadas Constituições, dentre elas a brasileira.

Assim como na Europa, mas deslocado temporalmente dois séculos à frente, o Brasil também conheceu longos anos de uma economia fortemente regulada e amplamente dirigida pelo poder público. O regime apenas começou a se soltar de suas amarras no final do século XX, quando teve início um movimento de retirada do Estado das atividades econômicas, enquanto diretor e provedor, para uma posição de fiscalização dos setores em que antes atuava, agora chamado de regulados.<sup>3</sup>

A mudança veio acompanhada da devida alteração constitucional, tendo o constituinte de 1988 se filiado ao sistema econômico caracterizado pelas leis de mercado ao eleger a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica – e também da própria República – e a livre concorrência como um dos princípios a reger aquela ordem. Nesse contexto, o mercado passa a ser aberto a quem quiser atuar nele.

Tais princípios, porém, carregam consigo certas questões problemáticas. Dentre elas, está o fato de que, exercidas indistintamente, essas liberdades arriscam esbarrar nos direitos dos outros concorrentes, dos consumidores, e da coletividade em geral. Em respostas a essas implicações, o Direito criou diferentes mecanismos para salvaguardar cada um dos possíveis

---

<sup>1</sup> PIERANGELI, 1997, p. 2.

<sup>2</sup> Apud PIERANGELI, 1997, p. 3.

<sup>3</sup> Anotações de aula da disciplina Direito Administrativo III, ministrada pelo Prof. Francisco Schertel no segundo semestre letivo de 2013.

afetados pelas distintas práticas concorrenciais ilícitas que a criatividade humana pode engendrar.

No que toca à coletividade, titular de um ambiente concorrencialmente sadio, veio a seu socorro o Direito Antitruste, o qual tem como objetivos a repressão do abuso do poder econômico e a preservação e proteção das estruturas do livre mercado. Esse ramo especializado mira a concorrência através de uma ótica institucional, cuidando das estruturas de mercado propriamente ditas.<sup>4</sup>

Com relação aos consumidores, reconhecidamente hipossuficientes frente aos empresários – seja por uma questão de poder econômico, seja por força da assimetria de informações característica de muitos mercados – o Direito lhes deu condições de reequilibrar a balança e, assim, dar efetividade aos direitos a que fazem jus. Nesse escopo, o Código de Defesa do Consumidor – CDC dispõe sobre a qualidade dos bens e dos serviços, a prevenção e a reparação de danos, além de vedar práticas abusivas e de regular momentos específicos da relação de consumo, como a oferta e a publicidade.

Por fim, mas não menos importante, a proteção do ambiente competitivo, pela ótica dos concorrentes, dá-se através do Direito da Propriedade Intelectual. Não obstante a extrema diversificação desse complexo de direitos, que varia das expressões artísticas mais singelas às inovações tecnológicas mais complexas, é possível sistematizá-lo em função do objeto alvo da proteção.

O primeiro grupo de direitos de propriedade intelectual confere proteção às criações intelectuais, sejam elas técnicas (patentes, cultivares, modelos de utilidade) ou artísticas (direitos autorais e desenho industrial). O intuito de tal proteção é, ao possibilitar a seus criadores o proveito exclusivo das vantagens econômicas advindas das obras de seu intelecto, promover a inovação e o desenvolvimento, tecnológico ou expressivo.<sup>5</sup>

O outro grupo de direitos, por sua vez, ocupa-se da integridade do mercado, ora garantindo a correta diferenciação dos concorrentes e de seus bens/serviços (marcas, indicações geográficas), ora velando pela lisura das práticas concorrenciais de uma maneira geral (combate à concorrência desleal). É sobre esse aspecto da propriedade intelectual que este estudo vai se deter.

---

<sup>4</sup> COELHO, 2012, p. 350

<sup>5</sup> MENELL; SCOTCHMER, 2005, p. 2

## 1.1 Tratamento jurídico

Assim como não se pode falar em livre iniciativa e livre concorrência antes da Revolução Francesa, a repressão jurídica aos atos de concorrência desleal também possui data e local de nascimento precisos: a Europa da segunda metade do século XIX. Novamente foi a França o palco das primeiras discussões a respeito do tema. Como explicado por Luís Gonçalves:

Faltando uma disciplina legislativa especial para reprimir os actos desleais de concorrência, os tribunais franceses basearam-se no regime geral da responsabilidade civil extracontratual previsto nos arts. 1382.º e 1383.º do Código Civil Napoleónico de 1804. Os tribunais começaram a entender que a ilicitude se podia reconduzir tanto à violação directa de normas legais como ao exercício abusivo de direitos, como o da liberdade de concorrência, e que a responsabilidade tanto poderia tutelar direitos subjectivos como meros interesses privados.<sup>6</sup>

Apesar do pioneirismo em abordar o tema, a França não chegou a conferir tratamento legislativo específico à concorrência desleal, tratando dela apenas no seio de seu Judiciário. O pioneirismo legislativo coube então à Alemanha, que em 1896 editara a primeira legislação a respeito. Essa lei vigorou até 1909, quando entrou em vigor a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, a qual definia o ato de concorrência desleal como aquele contrário a uma cláusula geral de bons costumes<sup>7-8</sup> para em seguida elencar um rol exemplificativo de condutas consideradas desleais.

O modelo alemão de formulação de uma cláusula geral acompanhada de um rol não exaustivo de condutas prevaleceu sobre o modelo francês baseado na responsabilidade civil e ganhou o mundo. Uma dos principais fatores a contribuir para tanto foi o artigo 10 *bis* da Convenção União de Paris para a Proteção Internacional da Propriedade Industrial - CUP, incluído pela Revisão de Haia de 1925 e cuja formulação, análoga à da legislação alemã, terminou por inspirar o desenvolvimento legislativo do instituto nas mais diferentes jurisdições.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, 2008, p. 403

<sup>7</sup> GONÇALVES, 2008, p. 404

<sup>8</sup> Artigo 1º – Aquele que no tráfico mercantil realiza atos, com finalidade de concorrência, que atentem contra os bons costumes, pode ser sujeito a uma ação de cessação e reparação de danos.

<sup>9</sup> GONÇALVES, 2008, p. 404

Assim, a Convenção definiu atos não leais de concorrência como aqueles contrários às práticas honestas em matéria industrial ou comercial, enumerando em seguida os atos que são considerados particularmente proibidos:<sup>10</sup> (i) todos aqueles suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; (ii) as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; e (iii) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.

No Brasil, o primeiro diploma a fazer menção à concorrência desleal é de 29 de junho de 1934, data em que Getúlio Vargas editou o Decreto 24.507/1934, cujo Título III elencava os atos considerados de concorrência desleal (artigo 39<sup>11</sup>), determinava quem detinha legitimidade ativa para ajuizar as ações criminais e cíveis em cada caso (artigo 40), além de estabelecer punições criminais (artigo 41, inciso 1º) e cíveis (inciso 2º) para os infratores. O diploma vigeu por longos 57 anos até ser revogado pelo Decreto 11/1991.

Já em 1945, foi a vez do Código de Propriedade Industrial (Decreto-Lei 7.903/1945) se debruçar sobre o tema. Menos detalhado no tratamento da matéria, limitou-se ele a tão-somente reconhecer que “a proteção da propriedade industrial, em sua função econômica e jurídica, visa reconhecer e garantir os direitos daqueles que contribuem para o melhor

---

<sup>10</sup> ASSAFIM, 2014, p. 34

<sup>11</sup> Art. 39. Constitue acto de concurrencia desleal, sujeito ás penalidades previstas neste decreto:

1º fazer, pela imprensa, mediante distribuição de prospectos, rotulos, involucros, ou por qualquer outro meio de divulgação, sobre a propria actividade civil, commercial ou industrial, ou sobre a de terceiros, falsas affirmações de facto capazes de crear indevidamente uma situação vantajosa, em detrimento dos concorrentes, ou de induzir outrem a erro;

2º, produzir, importar, exportar, armazenar, vender expôr á venda mercadorias com falsa indicação de procedencia;

3º, appôr seu nome individual, commercial ou industrial, sua razão social, ou sua marca de industria ou de commercio, em mercadorias de outro productor sem o consentimento deste, dando ao comprador a impressão de que a mercadoria é de sua propria producção;

4º, usar, sobre artigos ou productos, suas embalagens cintas, rotulos, ou em facturas, circulares ou cartazes, em outros meios de propaganda ou divulgação, falsas indicações de origem, empregando termos rectificativos, taes como typo, especie, genero, systema, semelhante, succedaneo, identico ou outros, resalvando ou não a verdadeira procedencia do producto;

5º, prestar ou divulgar, por qualquer meio, com intuito de lucro, falsas informações capazes de acarretar prejuizos reputação ou ao patrimonio de um concorrente;

6º, desvendar a terceiros, quando em serviço de outrem segredos de fabrica ou de negocio conhecidos, em razão do officio;

7º, usar recompensas industriaes ficticias ou pertencentes a outrem;

8º, vender ou expôr á venda mercadorias adulteradas ou falsificadas, em vasilhames de outro fabricante, ou utilizar se de taes vasilhames, depois de esvaziados, para negociar com productos da mesma especie, adulterados ou não.

aproveitamento e distribuição de riqueza, mantendo a lealdade de concorrência no comércio e na indústria”<sup>12</sup>, bem como que tal proteção se efetua mediante a repressão da concorrência desleal<sup>13</sup>.

Não obstante o Código não mais fazer menção a atos específicos de concorrência desleal, a jurisprudência ainda dava conta de reprimi-la, fundando-se agora no primado geral de repressão ao abuso da liberdade constitucional de concorrência, conforme demonstra o precedente do Supremo Tribunal Federal de 1949:

A livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita; O seu exercício encontra limites nos preceitos legais que regulam e nos direitos dos outros concorrentes, pressupondo um exercício legal e honesto do direito próprio, expressivo da probidade profissional; excedidos esses limites, surge a concorrência desleal, que nenhum preceito legal define e nem poderia fazê-lo, tal a variedade de atos que podem constituir-los.<sup>14</sup>

A formulação alemã só seria adotada pelo ordenamento pátrio três décadas mais tarde, quando o Decreto 75.572/1975 incorporou a CUP ao ordenamento nacional. Em reforço às disposições da Convenção, a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996) garantiu ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento aos prejuízos causados por atos de concorrência desleal (artigo 209), além de lhe permitir a persecução penal do acusado ao tipificar o crime de concorrência desleal, elencando catorze condutas que entende serem merecedoras de tutela penal específica (artigo 195).

Essa duplicidade de instrumentos – civil e criminal – serviu ainda de base para a doutrina, que passou a classificar a concorrência desleal em genérica e específica. A primeira diz respeito aos fatos sancionados apenas no âmbito civil, e por isso gerando mera pretensão de indenização por perdas e danos,<sup>15</sup> ao passo que a segunda ocorre com relação a atos particularmente graves, a que se dá tratamento penal, subtraindo-os à teoria geral da concorrência desleal.<sup>16</sup>

---

<sup>12</sup> BRASIL, 1945. Artigo 2º, *caput*.

<sup>13</sup> BRASIL, 1945. Artigo 3º, alínea *d*.

<sup>14</sup> BRASIL, 1949, p. 3.262

<sup>15</sup> COELHO, 2012, p. 374

<sup>16</sup> CARVALHO, 2013, p. 40

Muito embora a concorrência desleal tenha tratamento jurídico há mais de um século, ainda não se conseguiu chegar a uma definição perfeita e acabada do termo.<sup>17</sup> Conforme compilado por Cunha, não foram poucos os juristas que se debruçaram sobre o tema:

Delmanto a define como “utilização de meios incorretos com o fito de modificar a normal relação de competição, a utilização de ‘truques sujos’ (*dirty tricks*)”.

Na visão de Bittar, a concorrência desleal é “a utilização da força econômica de outrem, para a captação indevida de sua clientela sem esforço”.

Pontes de Miranda se manifestou acerca da concorrência desleal, definindo-a como “ato reprimível criminalmente e gerador de pretensão à abstenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e ofende à [sic] de outrem, no plano da livre concorrência”.

Segundo Denis Barbosa, “a deslealdade concorrencial é o comportamento imprevisível do agente econômico, segundo o parâmetro das informações de acesso comum a todos os agentes, excetuando o exercício normal da atribuição concorrencial, e as mutações do contexto concorrencial resultantes da inovação”.

Ou seja, a concorrência desleal se caracteriza quando os agentes agem contrariamente as [sic] normas do mercado.<sup>18</sup>

A partir de tais definições, é possível dizer que a doutrina converge quanto aos elementos que caracterizariam a concorrência desleal: em primeiro lugar, a existência de relação de concorrência entre o agente prejudicado e o agente infrator (também referida como competição ou formulada em termos de captação de clientela);<sup>19</sup> e, em segundo lugar, que essa relação tenha sido deturpada através de conduta de alguma forma reprimível (ilegal, imoral, contrária aos usos habituais). Por suas especificidades, cada um desses elementos será objeto de estudo detalhado, a seguir.

## 1.2 Mercado e concorrência

Palco das trocas econômicas, o mercado é tutelado pelo direito através das mais diversas óticas. No contexto constitucional, como já referido, tem destaque os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Oponível simultaneamente contra o Estado e demais

---

<sup>17</sup> DELMANTO apud PIERANGELI, 1997, p. 3

<sup>18</sup> CUNHA, 2014, p. 50

<sup>19</sup> ASSAFIM (2014, p. 35), por exemplo, entende que “antes de mais nada, para a caracterização da concorrência desleal é necessário concorrer”.



concorrentes,<sup>20</sup> a liberdade de iniciativa “não é apenas a liberdade de promover, ou não, atividade industrial, comercial ou financeira, mas significa também liberdade de acesso, liberdade de entrar em certo ramo de atividade negocial, de competir com outros”<sup>21</sup>, estando diretamente relacionada à concorrência.

Mas, antes que se possa definir o que é concorrência, é preciso entender primeiramente o que é mercado. É possível pensar o mercado como a instituição socioeconômica cuja principal função é “a de ordenar ou regular a troca econômica, tornar eficiente a circulação dos bens na economia”<sup>22</sup>. Esse lugar teórico, onde a lei da oferta e da procura se processa, é delimitado ainda a partir de três identidades que devem ser verificadas: objeto, espaço geográfico e tempo.<sup>23</sup>

Primeiramente, tem-se que os agentes econômicos participam de um mesmo mercado quando ofertam espécie idêntica de determinado bem/serviço ou, ainda que não sejam idênticos, satisfaçam sem problema a uma mesma necessidade do consumidor (classificados, pela teoria econômica, como bens substitutos);<sup>24</sup> seria o caso, por exemplo, de sorvetes e picolés. O Direito Antitruste tradicionalmente se refere a essa identidade como a dimensão produto do mercado:

O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão produto) [...]. Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos [...] necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.<sup>25</sup>

A segunda identidade que deve estar presente diz respeito à chamada dimensão geográfica do mercado. Em linhas breves, trata-se da área geográfica para a qual a venda do bem/serviço é economicamente viável,<sup>26</sup> seja por uma questão operacional (dificuldade de transporte, barreiras alfandegárias, risco de perecimento do produto), seja por uma questão de preferência do consumidor (o quão longe ele estará disposto a ir para obter a vantagem proporcionada pelo bem/serviço). A depender do produto, a dimensão geográfica pode ser de escala local, regional, nacional ou mesmo internacional.

---

<sup>20</sup> FERNANDES; MAYER; SCHMIDT, 2014, p. 4

<sup>21</sup> IRTI apud STAZJN, 2004, p. 21

<sup>22</sup> STAZJN, 2004, p. 21

<sup>23</sup> BARBOSA, 2002, p.3

<sup>24</sup> CUNHA, 2014, p. 50

<sup>25</sup> BRASIL, 2001, p. 9

<sup>26</sup> BRASIL, 2001, p. 9

Por fim, a identidade temporal implica que as trocas econômicas estão sendo processadas na mesma época. Se, por exemplo, mangas e morangos, por uma questão de sazonalidade, não estão disponíveis simultaneamente, resulta impossível afirmar que fazem parte de um mesmo mercado. Como, no entanto, são raros os produtos que não estão disponíveis durante o ano todo, a identidade temporal não costuma ganhar destaque em análises de mercado. Contudo, reveste-se ela de grande importância na medida em que implica que os agentes econômicos estarão submetidos às mesmas regras de mercado.<sup>27</sup>

Uma vez definido o termo “mercado”, pode-se conceituar o termo “concorrência” como a disputa, entre distintos agentes econômicos, pela participação em um dado mercado,<sup>28</sup> ou seja, pelo volume de suas vendas em relação à de seus concorrentes. Em outros termos, cuida-se “de um processo dinâmico em que empreendedores rivalizam entre si para descobrir oportunidades de lucro e se aproveitar delas antes que outros empreendedores o façam.”<sup>29</sup>

O empresário<sup>30</sup> em concorrência, portanto, tratará de cativar consumidores, estimulando-os a direcionar suas escolhas para os bens ou serviços que oferta, em detrimento das opções ofertadas por seus concorrentes.<sup>31</sup> Firme nesse objetivo, utilizar-se-á de recursos dos mais diversos, tais como a melhoria na qualidade do produto, a redução de seu preço, a fidelização à marca e, no que interessa a este trabalho, a publicidade.

Por sua importância, a livre concorrência tornou-se valor digno de proteção específica por parte da Constituição brasileira, ganhando status de princípio norteador da ordem econômica. Como decorrência do princípio, “todos são livres para lançarem-se no mercado e neste terem o seu destino ditado somente pelas leis que resultam da interação dos diversos atores do processo de produção e consumo”<sup>32</sup>. A busca pela formação, pela manutenção e pela expansão da clientela, portanto, passa a se dar em um espaço de ampla autonomia e liberdade.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> CUNHA, 2014, p. 50

<sup>28</sup> STAZJN, 2004, p. 28

<sup>29</sup> SOTO, 2014

<sup>30</sup> Importa ressaltar que, para fins deste trabalho, a competição relevante é a que se faz “entre empresas, tomadas aí como um ente algo mais vasto do que a definição do novo Código Civil, mas não a ponto de compreender a rivalidade entre clubes de futebol e igrejas, ou entre um cantor lírico e outro. A liberdade tutelada é da iniciativa e da concorrência empresarial.” (BARBOSA, 2002, pp. 7-8)

<sup>31</sup> CUNHA, 2014, p. 49

<sup>32</sup> BASTOS, 1995, p. 7

<sup>33</sup> BITTAR, 1982, p. 259; 1985, p. 348

Trata-se ainda de competição socialmente salutar,<sup>34</sup> que deve ser estimulada, posto que, além de indispensável ao funcionamento do sistema capitalista, é

pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, à procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.<sup>35</sup>

Uma concorrência livre, contudo, não implica uma concorrência sem controles ou limites. Por mais que se permita às empresas valer-se de todos os meios possíveis para a expansão de suas participações de mercado, tais meios encontram limites nos princípios e regras que regem a atividade empresarial, procurando conduzir seu exercício de maneira a evitar conflitos ou invasões de esfera alheia.<sup>36</sup>

A utilização de práticas e métodos ilícitos ou desleais, portanto, configura verdadeiro abuso do direito de concorrer.<sup>37</sup> Como consequência, tem-se a lesão, a um só tempo, dos direitos dos concorrentes (comerciantes ou industriais) e dos consumidores<sup>38</sup>, bem como prejuízos morais e patrimoniais deles decorrentes.<sup>39</sup>

Esse abuso de direito é ainda responsável por diversos malefícios sociais, seja pela perturbação do progresso econômico,<sup>40</sup> seja, em última instância, pela desintegração do mercado, na medida em que corrói o *fair-play* nas relações entre empresas e empresários, afetando o próprio mercado onde as forças produtivas atuam.<sup>41</sup> Resta agora – e essa é a parte mais problemática da concorrência desleal – tentar chegar a um conceito do que seria o elemento da deslealdade.

---

<sup>34</sup> Na expressão de Pierangeli (1997, p. 3)

<sup>35</sup> MARTINS apud BASTOS, 1995, p. 7

<sup>36</sup> BITTAR, 1985, p. 348

<sup>37</sup> Na expressão de Schmidt (2014, p. 48)

<sup>38</sup> A concorrência desleal, contudo, não se reduz ao consumidor, posto que a concorrência é uma relação essencialmente horizontal, entre concorrentes. Isso, no entanto, não a impede de afetar agentes tanto à montante (credores) como à jusante (consumidores). (BARBOSA, 2002, pp. 11-12)

<sup>39</sup> BITTAR, 1982, p. 261

<sup>40</sup> CERQUEIRA apud FERNANDES; MAYER; SCHMIDT, 2014, p. 5

<sup>41</sup> BASTOS, 1995, p. 11

### 1.3 A questão da deslealdade (e uma proposta de solução hermenêutica)

Enquanto a existência de relação de concorrência é verificada através da definição do mercado em seus três aspectos já referidos, o elemento da deslealdade da conduta é um conceito que, por ter um caráter abstrato e fluido, torna-se tarefa complicada definir seus contornos e, conseqüentemente, verificar sua presença.

No campo da concorrência, a oscilação da clientela é regra, de forma que é perfeitamente legítimo – e legal – que os agentes econômicos se esforcem para, de acordo com suas necessidades, atrair clientes que outrora compravam produtos de outros agentes. Nesse esforço, as empresas se encontram autorizadas a valer-se de todos os meios leais possíveis.<sup>42-43</sup>

A fronteira entre meios leais e desleais, contudo, não é sempre tão fácil de ser traçada. Dada essa dificuldade, Pierangeli<sup>44</sup> explica que a questão foi deixada “a cargo dos princípios gerais, em face da suspeita de que uma definição poderia, muito em breve, tornar-se inadequada, errônea, ou obsoleta”. Quando muito, doutrina e legislação limitam-se a apenas elencar um rol não exaustivo de atos constitutivos da concorrência desleal.

Os que se arriscam em uma definição, por sua vez, não conseguem chegar a uma explicação menos geral e abstrata do elemento da deslealdade: fala-se em atos contrários aos usos éticos e honrados em matéria de negócios,<sup>45</sup> qualificados pela ausência ou pelo desrespeito a preceitos de moral ou de direito,<sup>46</sup> ou, ainda, que atentem contra “as expectativas razoáveis de um comportamento de mercado”<sup>47</sup>.

Além da vagueza da cláusula geral, há que se considerar também a variabilidade dos padrões de concorrência percebidos como habituais, uma vez que se alteram segundo cada mercado específico.<sup>48</sup> Podem ser eles mais ou menos agressivos, mais ou menos inaceitáveis,

---

<sup>42</sup> BITTAR, 1982, p. 260

<sup>43</sup> ASCENSÃO (2002, p. 6) chega ao ponto de afirmar que o requisito da deslealdade é cláusula que qualifica eticamente o instituto.

<sup>44</sup> 1997, p. 3

<sup>45</sup> MORAES, 2002, p. 196; CARVALHO, 2013, pp. 40-41

<sup>46</sup> BITTAR, 1982, p. 267

<sup>47</sup> BARBOSA, 2002, pp. 14-15

<sup>48</sup> CUNHA, 2014, p. 50

inclusive ao longo do tempo,<sup>49</sup> fazendo com que o conteúdo do ato suscetível de repreensão seja extremamente fluido e mutável.

O resultado, como bem entendeu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *International News Service v. Associated Press* (1918), é a necessidade de se apurar a ilicitude da conduta à luz do contexto fático dos concorrentes envolvidos em cada caso:<sup>50</sup>

Obviamente, a questão de o que é concorrência desleal deve ser determinada com relação específica ao caráter e às circunstâncias do negócio. A questão aqui é menos os direitos de cada parte com relação à sociedade e mais os direitos deles com referência a eles próprios.<sup>51</sup>

Nesse cenário, a doutrina estrangeira, sobretudo a de inspiração germânica, oferece uma solução interessante para escapar ao subjetivismo que a cláusula geral de normas e usos honestos comporta e para transcender a mutabilidade de seu conteúdo. Passou-se a estabelecer, como critério de aferição da deslealdade, o chamado princípio da prestação.<sup>52</sup>

Para que se possa assimilá-lo, é necessário primeiramente compreender a expressão *Leistungswettbewerb*, que, em uma fraca tradução, pode ser entendida como a concorrência baseada na prestação. Nessa perspectiva, os concorrentes buscam se afirmar no mercado e alcançar prestígio através de atos diversos, tais como a auto-apresentação (da própria empresa e/ou de seus produtos), mas sempre pela própria prestação.<sup>53</sup>

Pelo princípio da prestação, então, aceita-se que a vantagem na concorrência seja buscada através da própria contribuição, do próprio engenho e labor, do próprio mérito.<sup>54</sup> Assim, uma vez que o agente tenha praticado atos de concorrência que visem “a subtrair, em proveito próprio, a clientela alheia sem para tanto empenhar a própria força econômica de modo a contrapor-la à de seu concorrente”<sup>55</sup>, o princípio da prestação levará a rejeitar uma tal atuação. É o caso, por exemplo, do agente econômico que

---

<sup>49</sup> BARBOSA, 2002, p. 11

<sup>50</sup> CARVALHO, 2013, pp. 40-41

<sup>51</sup> Tradução livre de “Obviously, the question of what is unfair competition in business must be determined with particular reference to the character and circumstances of the business. The question here is not so much the rights of either party as against the public but their rights as between themselves.” (248 U.S. 215 apud BARBOSA, 2002, p. 15)

<sup>52</sup> ASCENSÃO, 2002, passim

<sup>53</sup> ASCENSÃO, 2002, pp. 2-3

<sup>54</sup> BITTAR, 1985, p. 348

<sup>55</sup> RODRIGUEZ apud BITTAR (1982, p. 262). Tradução livre de “todo procedimiento de un concurrente dirigido a sustraer, en provecho propio, la clientela ajena sin empeñar la propia fuerza económica para contraponerla a la de su rival”.

atua através da confusão que estabelece com outro operador ou o estabelecimento ou os produtos ou serviços dele, induzindo o público em erro quanto à sua origem ou características, [pois] não baseia a concorrência na própria prestação. Esconde-se atrás da prestação alheia, de que se aproveita. Pelo que a escolha do consumidor não se baseará realmente na valia da prestação por ele produzida.<sup>56</sup>

A ideia de prestação atua como um critério orientador da interpretação e da aplicação da norma, sobretudo para os casos não expressamente regulados, isso é, nas situações não descritas no rol exemplificativo legal. Segundo a doutrina germânica, portanto, a contrariedade às normas e aos usos honestos se verifica na medida em que os atos de concorrência se fundam no aproveitamento de elementos empresariais alheios.<sup>57</sup>

Vê-se, do exposto, que a repressão à concorrência desleal tutela diversos objetos: o mercado sadio, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência e o *fair-play* na disputa pela clientela. Além disso, é possível ainda afirmar que o instituto almeja proteger o investimento na atividade empreendedora<sup>58</sup> e a expectativa razoável de receita futura com a venda dos produtos, a qual se forma a partir dos padrões de concorrência moldados em um dado mercado.<sup>59</sup>

Decorre disso que o instituto pode ser considerado um aperfeiçoamento do instituto civilista do enriquecimento sem causa, adaptado para as relações concorrenciais em sua dimensão privada: o intento é a obtenção de um lucro sem causa – posto que em condições leais de concorrência não ocorreria – de um concorrente em detrimento do outro.<sup>60</sup> Para o agente econômico prejudicado, o prejuízo se dá com relação ao decréscimo de suas operações comerciais naquele dado mercado, isto é, a perda de clientela, com o consequente desestímulo ao investimento na atividade empreendedora, razão porque se lhe permite ajuizar ação de perdas e danos.

Enquanto ponto específico do texto da Lei de Propriedade Industrial, a repressão à concorrência desleal é forma de tutelar os vários direitos elencados pelo diploma. Dentre eles, a marca assume papel central para os fins deste trabalho, razão pela qual se passará a estudá-la mais detidamente.

---

<sup>56</sup> ASCENSÃO, 2002, p. 7

<sup>57</sup> OLIVEIRA, 2002, pp. 50-51

<sup>58</sup> ASSAFIM, 2014, p. 35

<sup>59</sup> BARBOSA, 2002, pp. 10 e 11

<sup>60</sup> ASSAFIM, 2014, p. 35

## 1.4. Aspectos Marcários

Originalmente uma forma de determinação da origem da mercadoria, a marca é tão velha quanto o próprio comércio. Estima-se que elas existam há pelo menos três mil anos, quando artesãos indianos gravavam suas criações artísticas com assinaturas, antes de enviá-las para o Irã. Os romanos, por sua vez, utilizavam mais de cem marcas diferentes em suas cerâmicas, algumas delas sendo inclusive falsificadas. Já na Idade Média, o desenvolvimento do comércio potencializou a utilização desse signo distintivo.<sup>61</sup>

Com o desenvolvimento das economias nos últimos séculos, o rol de funções desempenhados pelas marcas foi consideravelmente ampliado, deixando elas de terem mera função distintiva, ou seja, de serem um sinal “que individualiza os produtos ou serviços de uma determinada empresa e os distingue dos produtos ou serviços de seus concorrentes”<sup>62</sup>, para adquirir diversas novas funções.

Em primeiro lugar, e numa perspectiva da análise econômica do direito, as marcas passaram a concentrar informações que auxiliam a decisão de compra, tornando-se, com isso, um instrumento que possibilita uma escolha mais eficiente por parte dos consumidores, ao reduzir seus custos de transação.<sup>63</sup>

Assim, uma vez experimentada a marca, consumidores aprendem a associá-la a determinadas características, de forma que, ao se depararem novamente com ela, já saberão de antemão acerca da natureza e da qualidade dos bens.<sup>64</sup> O resultado dessa capacidade de transmitir informações é o incentivo aos empresários para investirem na qualidade dos produtos ou serviços oferecidos.<sup>65</sup>

Em segundo lugar, a marca assumiu também uma função publicitária, a qual

decorre do fato de ser a marca um dos principais veículos de propaganda dos produtos por ela cobertos, servindo para recomendá-los e para atrair a atenção dos consumidores. Comprando os produtos e satisfazendo-se com eles, é de se presumir que os consumidores voltem a comprar os produtos da marca já conhecida quando dela novamente necessitem. Assim, por sua força atrativa, a

---

<sup>61</sup> OMPI, 2013, p. 3

<sup>62</sup> OMPI, 2013, p. 3

<sup>63</sup> PRADO FILHO, 2009, p. 3.

<sup>64</sup> FERNANDES; MAYER; SCHMIDT, 2014, p. 5

<sup>65</sup> MENELL; SCOTCHMER, 2005, p. 59.

marca serve para obter, manter e aumentar a clientela, exercendo-se a proteção no sentido de se evitar o enfraquecimento do seu caráter distintivo.<sup>66</sup>

Por fim, e como corolário da função publicitária, as empresas que logram potencializar a força atrativa de sua marca encontram nela, com alguma frequência, o seu principal ativo econômico.<sup>67</sup> Não à toa, o licenciamento de marcas é hoje, por si só, um negócio extremamente rentável: a aposição de uma marca sobre um produto é, por vezes, a única justificativa para que seu preço seja maior que os demais.

Tem-se então que as marcas agregam valor a um determinado bem explorado, além de criar valor independentemente do produto que se está vinculando.<sup>68</sup> Tornam-se elas, portanto, “bens dotados de expressão econômica, que se integram ao patrimônio do titular, a quem compete desfrutá-los e defendê-los contra terceiros”.<sup>69</sup> Tanto o são que o artigo 5º, inciso XXIX, da Constituição Federal, e o artigo 129 da Lei de Propriedade Industrial concedem ao proprietário da marca o direito exclusivo de seu uso.

Mas, como ativo concorrencial, seu uso deve se pautar também pelo princípio da prestação, sob pena de configurar-se, como visto, a prática da concorrência desleal. Em outros termos, a livre concorrência e a livre iniciativa são limitadas também pelo dever de respeitar as marcas alheias, devendo os usos desrespeitosos ser coibidos.

Schmidt<sup>70</sup>, aliás, entende que a própria tutela conferida ao registro de marca não é mais que uma vertente das normas gerais de repressão à concorrência desleal, pois dá a seu detentor um título jurídico dotado de certeza e segurança jurídica capaz de coibir o desvio fraudulento de sua clientela. São elas, na verdade, medidas correlatas, que não se excluem mutuamente, mas antes se entrelaçam e formam um “tecido unitário”<sup>71</sup>.

Sua incidência conjunta, portanto, não apenas é possível como expressamente autorizada, tendo em vista o objetivo comum dos institutos de proteção dos direitos de propriedade intelectual. É o que se depreende do teor do artigo 2º da Lei de Propriedade Industrial, cujos incisos III e V determinam que a proteção dos direitos de propriedade

---

<sup>66</sup> LEONARDOS, 1999, p. 37

<sup>67</sup> OLIVEIRA, 2015, p. 43

<sup>68</sup> FERNANDES; MAYER; SCHMIDT, 2014, p. 9

<sup>69</sup> BITTAR, 1985, p. 347

<sup>70</sup> 2014, pp. 45-46

<sup>71</sup> Na expressão de Cartella (apud SCHMIDT, 2014, p. 46)



industrial é implementada pela concessão de registros de marca e pela repressão à concorrência desleal.

Muito embora o rol de condutas que configuram concorrência desleal não se apresente como taxativo, sendo sempre possível que novas práticas se apresentem, algumas práticas relacionadas à marca, dada a frequência com que foram verificados, passaram a ser alvos de maior debate jurídico. Dentre elas, interessam aqui as práticas suscetíveis de configurar-se através da publicidade: são os chamados atos de confusão, o *marketing* de emboscada e a publicidade comparativa.

Um dos principais limites a balizar a concessão do registro de marca, o princípio da especialidade restringe o uso exclusivo da marca de certo produto à classe e ao ramo mercadológico em que está inserido. Em outras palavras, o objetivo é garantir que o consumidor ligará o signo distintivo a um único produto ou a uma única empresa.<sup>72</sup> É por isso que se exige, como requisito para o registro de marca, que o sinal seja capaz de distinguir objetivamente o bem/serviço que assinala, sendo vedado o registro de sinais que não tenham essa capacidade.<sup>73-74</sup>

Na ausência do princípio da especialidade, o resultado seria marcas similares designando produtos idênticos, semelhantes ou afins, gerando um risco de erro ou confusão para o consumidor e, atrelado a isso, um alto risco de desvio de clientela.<sup>75</sup> É a chamada prática da confusão, reprimida a um só tempo pela ótica do consumidor quanto pela do concorrente.

De maneira geral, o consumidor é protegido dos atos de concorrência desleal e uso indevido de marcas alheias pelo disposto no artigo 4º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Aliado a isso, o artigo 6º, inciso IV, do mesmo diploma igualmente o protege ao coibir a publicidade enganosa<sup>76</sup> e abusiva<sup>77</sup> e os métodos comerciais ditos

---

<sup>72</sup> PRADA FILHO, 2009, p. 6

<sup>73</sup> OMPI, 2013, p. 6.

<sup>74</sup> Exceção a essa regra é feita para o caso das marcas de alto renome, as quais são protegidas em todos os ramos de atividade. Contudo, uma vez que fogem ao âmbito deste trabalho, não serão aqui analisadas.

<sup>75</sup> BAIOCCHI apud FERNANDES; MAYER; SCHMIDT, 2014, p. 8

<sup>76</sup> Enganosa é a mensagem falsa ou falseada, que leve a erro o consumidor. Na linguagem legal, é enganosa a publicidade que: a) seja total ou parcialmente falsa, compreendidas a informação e a comunicação publicitárias; b) que, de qualquer modo, possa enganar ou induzir a erro o consumidor sobre a natureza, características, quantidade, qualidade, propriedade, origem, preço e outros dados do produto ou do serviço. É também enganosa a que deixa de informar o consumidor sobre dado essencial de produto ou de serviço. (BITTAR, 1992, p.3)

<sup>77</sup> Abusiva é a publicidade: a) discriminatória de qualquer natureza; b) que incite à violência; c) que explore medo ou superstição; d) que se aproveite de deficiência de conhecimento ou de julgamento da criança; e) que desrespeite valores ambientais; ou f) que seja capaz de induzir o consumidor a comportar-se de forma prejudicial

coercitivos ou desleais. Na seara penal, pode optar ele ainda por oferecer representação fundada nos artigos 66 e 67 do CDC, os quais cuidam da publicidade enganosa ou abusiva.

Além disso, como o bem jurídico tutelado é de titularidade do consumidor, o seu direito à repressão à concorrência desleal é “passível de ser exercido independentemente do direito que couber ao empresário que for lesado pela reprodução ou imitação da marca”,<sup>78</sup> de forma que as esferas consumerista e marcária são complementares.

No que toca à proteção do concorrente cujo registro de marca fora violado, terá ele uma gama maior de dispositivos a amparar sua pretensão. Em nível internacional, a CUP reprime os atos de confusão especificamente desde 1925, quando a Revisão de Haia alterou o artigo 10 *bis* para, dentre outras coisas, acrescentar-lhe o número 3, item 1.<sup>79</sup>

Já em nível nacional, a Lei de Propriedade Industrial faz um controle preventivo de atos confusórios ao listar, como visto, a distintividade como requisito para a concessão do registro, além de dar a seu titular a possibilidade de processar criminalmente aquele que der causa à confusão (artigo 189, inciso I). Referida Lei atua também repressivamente, garantindo o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal tendentes a criar confusão entre produtos (artigo 209).

Outra modalidade de concorrência desleal, o chamado *marketing* de emboscada (em inglês, *ambush marketing*), aparece no contexto específico dos megaeventos esportivos e está relacionado à usurpação de marca alheia. Mais precisamente, pode ser conceituado como a

prática pela qual empresas que não são patrocinadoras oficiais tentam de alguma forma associar, indevidamente, seu nome ou produtos/serviços à realização desses eventos, com a finalidade de transmitir ao público a ideia de que manteriam algum vínculo, comercial ou contratual, oficial com a entidade organizadora.<sup>80</sup>

No Brasil, a questão foi disciplinada de maneira específica pelo Ato Olímpico (Lei 12.035/2009) e pela Lei Geral da Copa (Lei 12.663/2012), tendo esta diferenciado ainda dois

---

ou perigosa à saúde ou à segurança pessoal. Cuida-se, aliás, de prática mais grave e que pode alcançar, mais agressivamente, os direitos referidos, exigindo, pois, na prática, sancionamento mais exacerbado. (BITTAR, 1992, p. 3)

<sup>78</sup> SCHMIDT, 2014, p. 48

<sup>79</sup> Artigo 10 bis, 3. Deverão proibir-se particularmente: 1. Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

<sup>80</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2012

tipos de *marketing* de emboscada: por associação e por intrusão. Enquanto o primeiro induz o público a acreditar que determinada marca possui alguma relação com a organizadora do evento, o segundo é a realização de campanha publicitária por empresa não patrocinadora nos locais da ocorrência do evento, aproveitando-se da alta exposição do evento na mídia.

Em ambos os casos, a deslealdade da conduta está caracterizada na medida em que aquele que não adquiriu as quotas de patrocínio obtém vantagem na sua publicidade sem sequer ter investido para isso. Ou, em outras palavras, na medida em que o aproveitamento parasitário do patrocinador pelo não patrocinador gera o enriquecimento ilícito deste<sup>81</sup> em detrimento daquele, que despendeu enormes somas de dinheiro para adquirir o status de patrocinador oficial.

Tendo em conta, portanto, que os grandes campeonatos se viabilizam em grande medida graças à receitas advindas da concessão e do licenciamento de diversos tipos de direitos – e pelos quais os patrocinadores pagam enormes fortunas –,<sup>82</sup> a prática do *marketing* de emboscada implica, a médio prazo, uma queda no valor das quotas de patrocínio (pela impossibilidade de o patrocinador associar exclusivamente as marcas, símbolos e eventos do patrocinado a suas campanhas publicitárias) e, a longo prazo, uma ameaça à realização futura de tais eventos, com prejuízo para diversas parcelas da sociedade.

Por fim, a publicidade comparativa é ato de concorrência desleal que diz respeito à reprodução do signo distintivo de concorrente sem sua autorização. Tendo em vista suas particularidades, nuances e centralidade para este trabalho, será ela abordada em capítulo próprio, a seguir.

## **2 A PUBLICIDADE COMPARATIVA NO DIREITO BRASILEIRO**

Para que se possa adentrar na temática da publicidade comparativa com segurança, faz-se necessário esclarecer antes algumas bases conceituais – mais especificamente os termos publicidade, propaganda e *marketing* – que hoje se utilizam indiscriminadamente como sinônimas, dadas as nuances que os diferenciam. Feito isso, importa também justificar a

---

<sup>81</sup> NAVEGANTES, 2014, p. 77

<sup>82</sup> Navegantes (2014, p. 71) explica que os direitos de marketing constituem a segunda principal fonte de receitas para eventos como a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos, atrás apenas dos direitos de transmissão.

relevância, para o Direito, do estudo e da regulação da publicidade em geral e da publicidade comparativa em específico.

## 2.1 Marketing, Publicidade e Propaganda

O termo *marketing* designa uma atividade ampla no âmbito da relação de produção e consumo, qualificada pelo “conjunto de atividades e operações que ocorrem desde a criação de um produto (ou serviço) até a sua destruição (término de sua vida útil) pelo consumidor final”<sup>83</sup>. Assim, o *marketing* acompanha o produto antes mesmo de seu nascimento, investigando as necessidades e os anseios do mercado; uma vez concebido o produto, ele se ocupa de sua colocação (compra-e-venda mercantil ou aquisição do serviço) e, realizada a venda, proporciona ao consumidor a plena fruição do bem adquirido (garantia, assistência técnica), na expectativa de renovar o ciclo de consumo.<sup>84</sup>

Vê-se, então, que as ações de *marketing* tem quatro focos específicos:

a) estudo do mercado (análise qualitativa e quantitativa da oferta e da procura); b) estudo do produto ou serviço (composição, características, apresentação e preço); c) distribuição (sistema de escoamento da produção - pontos de venda); d) comunicação (abrange todos os elementos que concorrem para a venda do produto, através da informação e da estimulação (...))<sup>85</sup>

Muito embora seja um dos aspectos mais importantes do *marketing*, visto sua força inegável, a publicidade entra em cena tão-somente no que diz respeito ao plano da comunicação referido acima, informando o potencial consumidor a respeito da marca e incitando-o à compra. Mais precisamente, ela pode ser definida como

o ato lícito, efetuado às expensas do fornecedor, que visa levar ao conhecimento exclusivo do público consumidor uma imagem ou uma mensagem com um conteúdo informativo, com fins econômicos destinados a fomentar direta ou indiretamente a realização de negócios jurídicos de consumo. Diretamente, quando vier a ofertar a realização de um negócio jurídico de consumo [publicidade promocional]; indiretamente, quando vier a divulgar a pessoa do fornecedor ou seus bens de consumo, para que o consumidor, quando da realização de um contrato de consumo, prefira este

---

<sup>83</sup> LOPES apud FREITAS, 1998, p. 1

<sup>84</sup> RODYCZ, 1993, pp. 1-2; LOPES, 1992, p. 1

<sup>85</sup> LOPES, 1992, p. 2

ao da concorrência [publicidade institucional].<sup>86</sup>

Há de se esclarecer, contudo, que publicidade e propaganda não significam rigorosamente a mesma coisa, muito embora sejam utilizados indistintamente pelo legislador<sup>87</sup> e até mesmo por profissionais da área publicitária.<sup>88</sup>

Em termos etimológicos, as palavras de fato se aproximam: “propaganda” tem origem no latim *propagare*, dando ao termo o sentido de propagação de princípios, ideias, conhecimentos ou teorias,<sup>89</sup> ao passo que “publicidade” vem do latim *publicus*, que significa expor ao público, publicar; ambos, portanto, dizem respeito a uma ação humana comunicativa, à divulgação de uma maneira geral. No entanto, diferenciam-se fundamentalmente pelo caráter econômico<sup>90</sup> desta, ausente naquela, segundo explica Martinez:

Tanto a publicidade quanto a propaganda são meios utilizados para divulgar um conteúdo, o qual tem como destinatário genericamente o meio social. Não obstante, enquanto uma volta-se somente para a obtenção de uma realização econômica, que são os contratos de consumo, a outra volta-se para a obtenção de realizações culturais, políticas, religiosas, ideológicas, sociais etc., que não possuam índole econômica. Este caráter diferencial funciona como um critério de exclusão, ou seja, se presente, denota a ocorrência de uma publicidade de consumo, se ausente, denota a ocorrência de uma propaganda naquela comunicação socialmente efetuada.<sup>91</sup>

Adicionalmente, os termos propaganda e publicidade diferenciam-se quanto a sua origem: enquanto o primeiro “foi introduzido pelo Papa Clemente VII em 1597, quando da fundação da chamada Congregação da Propaganda, cuja finalidade era divulgar os postulados da Igreja Católica pelo mundo”<sup>92-93</sup>, as primeiras manifestações da publicidade datam da Antiguidade Clássica, em que mercadores anunciavam aos berros seus produtos, papiros

---

<sup>86</sup> MARTINEZ, 2006, p. 8

<sup>87</sup> A Lei 4.680/1955, por exemplo, emprega os termos como sinônimos (LOPES, 1992, p. 4). Já o Código de Defesa do Consumidor refere-se à publicidade no artigo 30 e no inciso XII do artigo 56, refere-se à contrapropaganda quando claramente deveria utilizar a palavra contrapublicidade. (AMATRUDO, 2004, p. 10)

<sup>88</sup> CHAISE apud SANTOS JUNIOR, 2010, p. 23

<sup>89</sup> NUNES apud AMATRUDO, 2004, p. 11

<sup>90</sup> Conforme explicam Nunes Júnior e Trettel (2008, pp. 6-7), a publicidade comercial pode possuir também caráter informativo e até mesmo artístico, mas que serão sempre utilizados a serviço de sua finalidade econômica, sem a qual sequer existiria.

<sup>91</sup> MARTINEZ, 2006, p.9

<sup>92</sup> MARTINEZ, 2006, p. 8

<sup>93</sup> Marcondes Filho (apud MARTINEZ, 2006, p. 8) esclarece que, com o tempo, o termo propaganda passou a designar também a *divulgação* de outros postulados de quaisquer tipos de ideologias, com vistas à difusão de ideias e à conquista de adeptos para novas seitas, pensamentos e correntes políticas, filosóficas e econômicas.

egípcios relatavam a fuga de escravos, e murais faziam parte das cenas urbanas grega e romana.<sup>94</sup>

Séculos mais tarde, na Idade Média, a publicidade passou a se dar também através de símbolos (as atuais marcas e logotipos) apostos nas portas dos estabelecimentos: uma cabra simbolizava uma leiteria e um escudo de armas, uma pousada,<sup>95</sup> por exemplo. Essa publicidade, porém, longe da que hoje se entende enquanto tal, é considerada pela doutrina como mera espécie primitiva, oral e gráfica. O grande progresso da publicidade vai se dar efetivamente no século XV, com a invenção da imprensa mecânica por Gutenberg, que abriu espaço para a publicidade em papel.<sup>96</sup> Conforme explicam Martino e Pavarino,

é justamente o emprego deste tipo de tecnologia que permite discernir a publicidade de outras práticas imanentes à difusão de informação na sociedade, pois com a tecnologia temos a garantia de um uso estratégico e programado, temos o quadro intencional que marca a atividade publicidade como um fenômeno particular. Daí nossa referência à imprensa de Gutenberg, como primeiro processo de mecanização da escrita, permitindo que a reprodutibilidade técnica intervenha nos processos de comunicação social, e não apenas como memória, como era empregada a escrita no caso do manuscrito.<sup>97</sup>

Outros fatores, de cunho socioeconômico, também tiveram papel importante no desenvolvimento da publicidade (e, em última instância, de outras formas de comunicação), sobretudo nos séculos XVI e XVII. Talvez o mais importante deles, a Revolução Industrial teve o mérito de tornar possível não só a produção econômica propriamente dita como o barateamento dos bens produzidos, abrindo com isso as portas para a concorrência no mercado, impulsionada pelo lucro. Somada a ela, o desejo de informação do homem renascentista, o surgimento de instituições dirigidas a divulgá-la, como as Gazetas, e o maior acesso aos meios de comunicação criaram as bases para as primeiras manifestações da publicidade como instrumento de informação comercial.<sup>98</sup>

Já no final do século XIX, a multiplicação dos jornais diários dá à publicidade cada vez mais espaço, acabando por torná-la fenômeno de massa, assim como ocorria com a produção econômica e a sociedade<sup>99</sup> da época.<sup>100</sup> O desenvolvimento da sociedade de

---

<sup>94</sup> MARTINO; PAVARINO, 2010, pp. 8-9

<sup>95</sup> MUNIZ apud SANTOS JUNIOR, 2010, p. 18

<sup>96</sup> SANTOS JUNIOR, 2010, p.18

<sup>97</sup> MARTINO; PAVARINO, 2010, pp. 7-8

<sup>98</sup> MARTINO; PAVARINO, 2010, p. 8-12

<sup>99</sup> “A expressão *sociedade de massa* traduz a ideia de produção organizada de bens e serviços, em escala abundante, por parte das organizações econômicas capitalistas (empresas). É consequência da *industrialização*

consumo, impulsionado principalmente pelo advento do rádio na década de 1920 e da televisão em 1944, por sua vez, é responsável por uma importante e profunda alteração no âmago da publicidade, que deixa “de cumprir um papel preponderantemente informativo e se transforma em instrumento de persuasão, orientando o consumo, estimulando as necessidades e ampliando a demanda.”<sup>101</sup>

Além de importante mecanismo de captação de clientela, a publicidade passou a incorporar outros atributos que a tornaram fator elementar da dinâmica concorrencial: ela se descobriu igualmente responsável pela diferenciação de produtos, pelo desenvolvimento de marcas e até mesmo por dificultar (ou facilitar, conforme o caso) o acesso das empresas ao jogo comercial.<sup>102</sup> Tendo se tornado indispensável ao funcionamento de qualquer negócio, atraiu ela somas incontáveis de investimentos, sendo hoje responsável por movimentar bilhões de dólares anualmente e por afetar milhões de consumidores em todo o planeta.<sup>103</sup>

Por seu papel decisivo no que diz respeito à formação do consentimento do consumidor, e por nem sempre se valer dos meios mais éticos para atingir esse fim, a publicidade captou também a atenção dos juristas. Sadia, é inegável que seu poder informativo traz benefícios a consumidores e a fornecedores,<sup>104</sup> tornando-se mecanismo de fomento à concorrência, vez que amplia a racionalidade e a liberdade de escolha do consumidor.<sup>105</sup>

Desvirtuada, porém, o resultado são abusos que colocam em cheque valores fundamentais dos consumidores<sup>106-107</sup> e que afetam os concorrentes e o bom funcionamento do mercado.<sup>108</sup> Em última análise, a publicidade deixada ao acaso tem ainda o potencial de

---

*progressiva* que distribui riquezas para as classes sociais menos abastadas, mas gera uma cadeia de consumo para manutenção das linhas de produção inovadoras. A noção de individualidade da pessoa se perde na noção de massa. As pessoas são consideradas iguais, indiferenciáveis, desconhecidas entre si, situadas em qualquer região e, independente de suas necessidades, são objeto da sociedade industrial como consumistas ideais. Estimulada e alcançada pelos meios de comunicação colocados ao alcance de novo modelo social, designados *mass media*, a massa reage coletivamente.” (PEREIRA, 2009, p. 19)

<sup>100</sup> BENJAMIN, 1994, p. 2

<sup>101</sup> BENJAMIN, 1994, pp. 13-14

<sup>102</sup> VALENTE, 2015, p. 22

<sup>103</sup> BENJAMIN, 1994, p. 2

<sup>104</sup> SPODE, 2002, p. 5

<sup>105</sup> BENJAMIN, 1994, p. 12

<sup>106</sup> ALMEIDA, 2005, p. 6

<sup>107</sup> Do ponto de vista dos consumidores, a questão é ainda mais grave na medida em que, por estar inserida em um contexto de sociedade de massa, os danos – patrimoniais e morais – gerados são sempre de grande proporção. Nas palavras de ALMEIDA (2005, pp. 6-7), “[s]eu malefício é como regra, difuso e coletivo, embora com repercussão na esfera privada de cada consumidor. Seus riscos são sociais e seus danos em série.”

<sup>108</sup> VALENTE, 2015, p. 22

desvirtuar o próprio princípio da livre concorrência,<sup>109</sup> fazendo-se necessário, portanto, o seu controle pelo Direito. Ilustrativamente:

O consumidor submetido à publicidade enganosa, por exemplo, está destinado a fazer uma má escolha, ao adquirir um produto ou serviço. Além disso, os outros fornecedores também são lesados pelo comportamento do mau anunciante, já que este se confere uma vantagem - desleal -, fazendo com que a melhor qualidade ou preço dos produtos ou serviços concorrentes sejam apagados por seu anúncio enganoso. Em tal situação, o próprio fenômeno publicitário tem sua função entravada, com a diminuição da confiança do consumidor e a deformação de seu papel distributivo; enfim, o funcionamento do mercado é perturbado.<sup>110</sup>

## 2.2 Controle Jurídico da Publicidade

Curiosamente, a disciplina da publicidade no Brasil partiu de iniciativa dos próprios publicitários, deflagrando o chamado controle privado da publicidade. Quando, ao final da década de 1970, o governo federal ameaçava produzir legislação criando censura prévia à publicidade, os profissionais do setor se reuniram e fundaram o Conar, sociedade civil sem fins lucrativos voltada para a aplicação de normas éticas ao setor,<sup>111</sup> no interesse de seus associados. Tais normas eram as veiculadas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, de 1980, que já em seu anteprojeto preocupava-se em proteger os consumidores contra a publicidade enganosa e em proteger o anunciante contra as práticas desleais do outro.<sup>112</sup>

Entretanto, ainda que tenha conquistado grande êxito no que diz respeito ao acatamento de suas deliberações, consagrando-se como meio ágil, especializado e gratuito de controle da publicidade, o Conar esbarra em uma dificuldade essencial: a falta de força vinculante de seus pareceres e de coercitividade de suas decisões.<sup>113</sup> Somada ao fato de que suas deliberações só alcançam seus afiliados, o resultado é um Conar – e à semelhança do que ocorre com o modelo de controle privado em outras jurisdições – desprovido da “autonomia

---

<sup>109</sup> GUSMÃO, 1998, p. 2

<sup>110</sup> BENJAMIN, 1994, p. 6

<sup>111</sup> BITTAR, 1992, p. 2

<sup>112</sup> RODRIGUES, 2007, p. 7

<sup>113</sup> RODYCZ, 1993, p. 8



para impor, sancionar ou causar danos materiais e morais a terceiros, eis que não revestido da devida legalidade para tal”<sup>114</sup>.

Do outro lado da moeda, os sistemas de controle público da publicidade possuem o grande fator da coercitividade, coibindo os abusos publicitários sobretudo na medida em que atingem os consumidores – e por esse aspecto diferenciando-se sobremaneira do sistema privado de controle, que regula precipuamente a atuação do meio publicitário. Como desvantagens, e novamente em oposição ao sistema privado de controle, podem ser citadas “a lentidão e o formalismo da atuação oficial, as dificuldades de acompanhamento e ajustamento às rápidas alterações do mercado, a possibilidade de ‘captura’ pelos regulados, etc.”<sup>115</sup>

No Brasil, o controle público pode ser conceituado como um microssistema, por ser um controle sistemático situado dentro de um microcosmo próprio, conforme explicado por Rodrigues<sup>116</sup>. Esse microssistema, que tira seu fundamento de validade da Constituição Federal,<sup>117</sup> compõe-se de legislação esparsa<sup>118</sup>, da qual se destaca o Código de Defesa do Consumidor, apontado pela doutrina<sup>119</sup> como o responsável por efetivamente instituir, entre nós, uma disciplina estruturada e completa da publicidade.

Nesse sentido, o Código estabeleceu uma rede completa de proteção. Primeiramente, estabeleceu os princípios basilares que norteiam a publicidade: vinculatividade da oferta, veracidade, disponibilidade e transparência. Bittar esclarece que,

[e]m consonância com o primeiro, toda informação, que deve ser clara e precisa, obriga o anunciante, integrando os contratos que celebrar com consumidores; pelo segundo, deve ser verdadeira a informação ou mensagem publicitária, cumprindo-lhe apresentar corretamente os elementos básicos do produto ou do serviço oferecido; pelo terceiro, devem estar disponíveis, para os interessados, todos os dados sobre a mensagem publicitária, fáticos, científicos, ou técnicos; pelo quarto, deve a mensagem

---

<sup>114</sup> CARVALHO, 2012, p. 44

<sup>115</sup> BENJAMIN, 1994, p. 16

<sup>116</sup> RODRIGUES, 2007, p. 14

<sup>117</sup> MARTINEZ, 2006, p. 20

<sup>118</sup> “A primeira legislação a tratar da publicidade no Brasil foi o Dec.-lei 4.113, de 14.02.1942, sobre a publicidade de médicos, dentistas, enfermeiros e outros profissionais da área da saúde. Posteriormente, em 1945, o Dec.-lei 7.669 veio para regular a publicidade sobre produtos que continham a palavra guaraná em seu rótulo, obrigando a que os mesmos realmente tenham tal produto em sua fórmula. Em 1963 foi criado o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215), que regula a publicidade desses profissionais. Foi editada em 1971 a Lei 5.768, que dispõe sobre a publicidade da distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, vale-brinde ou concurso. Depois, em 1977, a Lei 6.463 tornou obrigatória, na publicidade escrita e falada, a declaração do preço total da mercadoria nas vendas a prestação. Também a Lei de Defesa Econômica (n. 8.884), editada em 1984, trata de disposições relativas ao controle da publicidade.” (MARTINEZ, 2001, pp. 10-11) Além dessas, podem ser referidos o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), o Código Penal, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei 4.117/1962) e a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996).

<sup>119</sup> FREITAS, 1998, pp. 8-9

ser facilmente identificável como tal, não se admitindo, pois, mascaramento, ou outro expediente, inclusive subliminar, dissimulatório.<sup>120</sup>

Em seguida, o Código confere a uma série de entidades – Ministério Público, associações de defesa do consumidor, Delegacias do Consumidor, Fundações de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>121</sup> – a possibilidade e os instrumentos para atuar em defesa da publicidade lícita, a âmbito cível, administrativo e até mesmo penal.

A adoção do CDC, contudo, não implica a exclusão do sistema autorregulamentar, mas a adoção de um sistema misto em que a

prevalência fica sem dúvida a cargo do sistema público, cuja existência para o controle da publicidade negocial de consumo se faz essencial, já que somente o Estado possui os meios necessários para compelir o particular a cumprir suas obrigações quando da realização de um ato publicitário com um conteúdo preceptivo negocial (oferta publicitária)<sup>122</sup>

O modelo misto, além de ser o mais adequado,<sup>123</sup> já era inclusive desejado pela Lei 4.680/1965, que, ao dispor sobre a atividade publicitária, previa expressamente a adoção de um Código de Ética para os entes privados.<sup>124</sup> Os Códigos de Defesa do Consumidor e de Autorregulamentação Publicitária são, portanto, complementares, tornando a autodisciplina um instrumento a mais para se lidar com a publicidade patológica no Brasil, não afastando a regulamentação estatal porque compatível com ela.<sup>125</sup>

Por fim, esclarece-se que o controle legal da publicidade não configura forma inconstitucional de censura, o que atentaria ao ideal constitucional de livre expressão. É que, por mais que se trate de atividade de manifestação de pensamento, criativa e informativa, sua característica preponderante diz respeito primordialmente à busca do lucro. Nesse contexto, não se pode tratar em pé de igualdade o discurso comercial e o discurso da cidadania, do qual

---

<sup>120</sup> BITTAR, 1992, p. 3

<sup>121</sup> Segundo relata Martinez (2002, pp. 13-14), os Procons, juntamente com a Procuradoria Federal do Consumidor do México, representam os maiores órgãos públicos de defesa do consumidor da América Latina.

<sup>122</sup> MARTINEZ, 2002, p. 12

<sup>123</sup> Bianco e Siqueira (1998, p. 9) explicam que isso se dá pois, “na eventual insuficiência do privado, caberá o controle estatal e, quando se desejar evitar os inconvenientes deste ultimo modelo, o controle privado estará apto a oferecer uma solução muitas vezes menos morosa e traumática.”

<sup>124</sup> AWAZU, 2011, p. 7

<sup>125</sup> BENJAMIN, 1994, p. 16

é exemplo a informação jornalística e ao qual o parágrafo primeiro do artigo 220 da Constituição confere liberdade irrestrita.<sup>126</sup>

O controle da publicidade é, em última instância, parte do controle da atividade empresarial,<sup>127</sup> por ser aquela um momento desta. Com isso, porém, não se quer dizer

que não exista um direito de publicidade, até garantido constitucionalmente, só que não no âmbito da liberdade de manifestação e expressão. No caso brasileiro, decorre ele da garantia da livre iniciativa e, por isso mesmo, é regido pelos limites a esta impostos, em particular a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente.<sup>128</sup>

Nenhuma publicidade, então, escapa ao controle misto brasileiro. Dentre os diversos tipos de publicidade regulados, importa a este trabalho a análise da publicidade comparativa, cuja disciplina legal, por ser um tanto quanto conflitante, traz consigo uma série de desafios a sua regulação, especialmente no que diz respeito à caracterização da concorrência desleal marcária.

### **2.3 Publicidade e Signos Distintivos: a Publicidade Comparativa**

Ao contrário do que ocorre com a concorrência desleal, a doutrina é capaz de definir em termos claros e precisos o conceito de publicidade comparativa: trata-se da técnica publicitária que contrapõe atributos – qualidade, preço, facilidade de compra etc. – do produto do anunciante aos de seu concorrente,<sup>129</sup> com o objetivo de promover a implementação do consumo de seus produtos em detrimento do produto comparado.<sup>130</sup> A publicidade comparativa, então, “assenta-se em dois elementos básicos: a referência a terceiro concorrente ou a seus bens e a comparação com o fim de se tornar assemelhado ou superior.”<sup>131</sup>

Muito embora tal definição não esteja exatamente errada, ela tampouco se afigura como ideal, por ser muito restrita. Se por um lado é evidente que o elemento central dessa técnica publicitária é a comparação entre produtos ou concorrentes, por outro lado essa

---

<sup>126</sup> BENJAMIN, 1994, p. 19

<sup>127</sup> NUNES JÚNIOR; TRETTEL, 2008, p. 9

<sup>128</sup> BENJAMIN, 1994, p. 18-19

<sup>129</sup> FREITAS, 1998, p. 7; DIAS apud VALENTE, 2015, p. 22; PEREIRA, 2009, p. 132

<sup>130</sup> OLIVEIRA, 2015, p. 44; BIANCO; SIQUEIRA, 1998, p1

<sup>131</sup> PEREIRA, 2009, p. 138

comparação não necessariamente precisa se dar em termos de uma confrontação objetivamente identificada.<sup>132</sup> A título de exemplo, a expressão de publicidade “O Rolls Royce das bicicletas”<sup>133</sup> permite ver que é possível comparar produtos – no caso, que a bicicleta anunciada tem o mesmo nível de qualidade dos carros da marca Rolls Royce –sem que se recorra a uma contraposição de atributos objetivamente formulada. Em outras palavras, é possível tomar como certo, então, que onde “houver referência a produto ou marca de concorrente, seguramente haverá comparação”<sup>134</sup>.

A definição de publicidade comparativa que se adota neste trabalho, portanto, não é a que é majoritariamente dada pela doutrina, mas a da Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 12 de dezembro de 2006, que a conceitua como toda “publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços ofertados por um concorrente”<sup>135</sup>. Apesar de ter sido alvo de diversas críticas pela doutrina europeia justamente por emitir o elemento da comparação,<sup>136</sup> entende-se que tal definição, por ser mais abrangente, é a que melhor descreve o termo publicidade comparativa.

Esclarecida essa base conceitual, tem-se que a publicidade comparativa representa importante instrumento a favor dos interesses dos consumidores e da concorrência, ambos intrinsecamente ligados. No que toca aos consumidores, a comparação lhes serve de fonte de informações ao esclarecer as diferenças entre os produtos e, com isso, otimizando o tempo e os custos que o consumidor teria que despender para realizar uma decisão de compra ou de contratação.<sup>137</sup>

A publicidade comparativa também é fator benéfico para a concorrência sobretudo por três aspectos. Em primeiro lugar, o fato de diminuir a assimetria de informações do mercado em que está inserida faz com que ela acabe por atuar contra a dominação dos mercados e da concorrência, uma vez que “quanto mais dispersas estiverem [as informações], menor a concentração; quanto mais distribuídas de forma assimétrica se encontrarem, maior será o poder econômico.”<sup>138</sup> Outro papel importante que cumpre é o de mitigar as barreiras à entrada dos mercados, já que “uma marca desconhecida ou de pouca projeção (*the underdog*) pode alavancar a relevância de um anúncio ao citar a marca líder que os consumidores geralmente

---

<sup>132</sup> VALENTE, 2015, p. 22

<sup>133</sup> SCHMIDT, 2001, p. 12

<sup>134</sup> VALENTE, 2015, p. 23

<sup>135</sup> EUROPA, 2006, p. 22. Artigo 2º, alínea c.

<sup>136</sup> DIAS apud VALENTE, 2015, p. 22

<sup>137</sup> OLIVEIRA, 2015, p. 48; PEREIRA, 2009, p. 147; BARIGOZZI; PEITZ apud VALENTE, 2015, p. 26

<sup>138</sup> SALOMÃO FILHO apud VALENTE, 2015, p. 26

adquirem”<sup>139</sup>. Por fim, o estímulo à competição que dela decorre atua como fomento à melhoria técnica e/ou à queda preços dos produtos,<sup>140</sup> contribuindo, em última instância, ao progresso econômico.

Não obstante as vantagens apontadas, a publicidade comparativa desafia o Direito em uma série de questões, as quais perpassam os campos consumerista, autoral, marcário e da concorrência desleal.<sup>141</sup> O primeiro deles se preocupa sobretudo com o conteúdo das mensagens veiculadas, cuidando para que não seja abusivo ou falso, enquanto que o segundo cuida das situações em que “o objeto da publicidade alheia é reutilizado sob o manto de nova publicidade”<sup>142</sup>, de forma a violar o direito constitucionalmente garantido<sup>143</sup> ao autor da obra (publicitária inclusa) de sua exclusiva utilização, publicação ou reprodução.

Um exemplo de publicidade comparativa enganosa foi a da Sandália Glitter, analisada pelo Conar em 1999. A decisão foi favorável à São Paulo Alpargatas, dona da marca Havaianas, por ter se verificado que o jargão da campanha – “brasileira arrasa com havaiana” – era absolutamente falso, já que foi comprovado que as sandálias Havaianas detinham 90% do mercado.<sup>144</sup> Já a publicidade comparativa abusiva poderia se dar, hipoteticamente, através da afirmação de que o produto comparado causa danos irremediáveis à saúde, convencendo o consumidor através da exploração de seu medo.

A publicidade comparativa com violação de direito autoral, por sua vez, pode ser ilustrada pela publicidade da Wonderbra, que se apropriou do jargão da concorrente Valisère – “o primeiro soutien a gente nunca esquece” – em sua própria publicidade: “O primeiro soutien a gente nunca.... Ih, esqueci. Wonderbra, porque você não é mais menina”<sup>145</sup>.

Com relação aos aspectos marcário e da concorrência desleal, a questão é saber se o uso de sinais distintivos alheios para, estabelecendo juízos sobre eles, valorizar os próprios, violaria o direito de uso exclusivo que é garantido ao titular do registro da marca e se não implicaria um ato de deslealdade na concorrência, nos moldes do exposto no capítulo anterior.

Outras jurisdições também se depararam com esta última problemática, e no geral é possível dizer que “a tendência atual é no sentido de permitir a publicidade comparativa desde

---

<sup>139</sup> BARIGOZZI; PEITZ apud VALENTE, 2015, p. 26

<sup>140</sup> PEREIRA, 2009, p. 147; OLIVEIRA, 2015, p. 48

<sup>141</sup> Conforme explicadas por Pereira (2009, pp. 202-206)

<sup>142</sup> PEREIRA, 2009, p. 69

<sup>143</sup> Nos termos do artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal

<sup>144</sup> SCHMIDT, 2002, p. 4

<sup>145</sup> SANTOS JUNIOR, 2010, p. 52

que ela seja objetiva, isto é, que se mostre sem enganosidade ou abusividade, confrontando dados e características que não sejam de apreciação exclusivamente subjetiva.”<sup>146</sup> De fato, são poucos os países que expressamente reprimem a publicidade comparativa: Alemanha, Argentina, Bélgica, Luxemburgo e México.<sup>147</sup>

Dentre os que a autorizam, talvez o mais expressivo seja os Estados Unidos da América, em que a técnica comparativa é utilizada em cerca de 20% dos anúncios veiculados,<sup>148</sup> sendo inclusive incentivada, dadas as vantagens já expostas acima. Em termos legais, ela é expressamente permitida desde 1960, à condição de que a marca e os produtos comparados estejam expressamente indicados.<sup>149</sup> Em outros termos, a publicidade comparativa implícita<sup>150</sup> é vedada no país.

A regra se justifica para que se possa saber, desde logo, qual foi o produto ou a marca comparados, facilitando assim possíveis futuras indenizações. Além disso, tais indenizações só serão possíveis nos casos em que o anúncio utilizar-se de dados falsos e/ou não comprováveis,<sup>151</sup> distorcendo com isso a base normal da comparação competitiva e abrindo espaço para um pleito de concorrência desleal.<sup>152</sup>

Na União Europeia, o tema foi abordado na Diretiva já referida, em que se entendeu que, muito embora a legislação comunitária garanta ao titular de uma marca registrada direitos exclusivos, incluindo o direito de proibir a utilização por terceiros, na vida comercial, de sinais idênticos ou semelhantes à marca relativamente a produtos ou serviços idênticos ou mesmo, se for o caso, relativamente a outros produtos,<sup>153</sup> pode ocorrer de ser indispensável à efetividade da publicidade comparativa a utilização de signo distintivo (marca, designação comercial) do concorrente.

Nesse caso, a Diretiva expressamente regulamentou que uma tal utilização não infringirá o direito exclusivo do titular na medida em que tenha por propósito acentuar

---

<sup>146</sup> GRINOVER apud BRASIL, 2014, p. 11

<sup>147</sup> SCHMIDT, 2002, p. 8; BIANCO; SIQUEIRA, 1998, pp. 14-15

<sup>148</sup> VALENTE, 2015, pp. 29-30

<sup>149</sup> Como decorrência, a definição de publicidade comparativa pelo FTC é a da “publicidade que compara marcas [*brand*] alternativas com base em atributos mensuráveis ou no preço, identificando a marca alternativa pelo nome, ilustração ou outro sinal distintivo.”

<sup>150</sup> A publicidade comparativa implícita caracteriza-se pelo fato de, não obstante não haver menção expressa à marca do concorrente, ela contém elementos que permitem a sua identificação. (SCHMIDT, 2002, p. 22)

<sup>151</sup> SOARES, 1989, p. 8

<sup>152</sup> SANTOS JUNIOR, 2010, p. 82

<sup>153</sup> Nos termos do artigo 5o da Diretiva 89/104/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 21 de Dezembro de 1988

objetivamente as diferenças e, cumulativamente, na medida em que se dê cumprimento às regras estabelecidas pelo diploma comunitário (mais restritas, a propósito, que as estadunidenses), quais sejam:

- a) Não ser enganosa na acepção da alínea b) do artigo 2º, do artigo 3º e do nº 1 do artigo 8º, da presente diretiva ou dos artigos 6º e 7º da Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno (Diretiva relativa às práticas comerciais desleais);
- b) Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos fins;
- c) Comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço;
- d) Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente;
- e) Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;
- f) Não tirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;
- g) Não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida;
- h) Não gerar confusão no mercado entre negociantes, entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente.

No Brasil, não há lei que expressamente proíba ou autorize a publicidade comparativa. Na ausência de regramento específico sobre o tema, a alternativa é buscar a legalidade ou ilegalidade dessa publicidade no cotejo dos diplomas que tratam sobre a publicidade, sobre a utilização de marcas alheias e sobre a concorrência desleal.

## **2.4 Panorama normativo da publicidade comparativa**

O primeiro diploma a efetivamente tratar da utilização de marca alheia em publicidade – e que ainda se encontra em vigor – foi o Decreto 57.690/1966, cujo artigo 17, inciso I, determina que é vedado à agência de publicidade, ao veículo de divulgação e ao publicitário em geral reproduzir marcas sem consentimento prévio de seu proprietário (alínea *c*), difamar concorrentes e depreciar seu mérito técnico (alínea *d*), atribuir defeitos ou falhas a mercadorias, produtos ou serviços concorrentes (alínea *e*) e, por fim, contratar publicidade em condições antieconômicas ou que importem em concorrência desleal (alínea *f*).

Catorze anos depois, em maio de 1980, a edição do Código Brasileiro de Autorregulamentação traz o primeiro dispositivo – não legislativo – sobre a publicidade comparativa, aceitando-a à condição que respeite certos princípios e limites, em larga medida coincidentes com os adotados pela Diretiva 2006/114/CE:

- a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor;
- b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor;
- c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação;
- d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado;
- e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes;
- f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa;
- g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros;
- h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio.<sup>154</sup>

Curiosamente, o artigo 43 do mesmo Código vedou a infração a direitos marcários de terceiros na publicidade. A resolução da antinomia, por intermédio de uma interpretação sistemática, leva a entender “que a publicidade comparativa que observa estritamente os requisitos previstos no Código não se traduziria em violação marcária.”<sup>155</sup> Apesar de suas regras terem caráter interpessoal, nem por isso é ele menos importante, haja vista ser uma fonte subsidiária que expressa os usos e costumes do mercado publicitário.<sup>156</sup>

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passa a ser de competência exclusiva da União Federal legislar em matéria de publicidade.<sup>157</sup> Infelizmente, o exercício dessa competência legiferante não trouxe a publicidade comparativa para o âmbito da coercitividade estatal, seja em 1990 quando se editou o Código de Defesa do Consumidor, seja em 1996 com a edição da Lei de Propriedade Industrial; ambos os “diplomas se omitiram quanto à comparação por meio de anúncios, disciplinando-a apenas de forma marginal.”<sup>158</sup>

---

<sup>154</sup> EUROPA, 2006, p. 23

<sup>155</sup> BESER, 2011, p. 24

<sup>156</sup> SCHMIDT, 2002, p. 3

<sup>157</sup> Artigo 22, XXIX, da Constituição Federal

<sup>158</sup> VALENTE, 2015, p. 29



O CDC começa otimista, estabelecendo que a política nacional das relações de consumo tem por princípio a coibição e a repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos,<sup>159</sup> mas acaba por regular expressamente apenas as modalidades enganosa e abusiva da publicidade.

Com efeito, elencando como um dos direitos básicos do consumidor, dentre outros, a proteção contra a publicidade enganosa, a publicidade abusiva e os métodos comerciais desleais,<sup>160</sup> e no intuito de que não seja induzidos ao erro, os artigos 31, 37 e 66 do Código vedam a publicidade – comparativa ou não – cujo conteúdo seja falso ou abusivo. A contrassenso, então, tem-se que a publicidade comparativa não estaria vedada por tais dispositivos, contanto que obedeça ao princípio da veracidade das informações,<sup>161</sup> seja objetiva e não abusiva.

A Lei de Propriedade Industrial, por sua vez, não aborda a publicidade comparativa expressamente, mas traz uma série de regras marcárias e de repressão à concorrência desleal que, ao ver de parte da doutrina, permitem concluir pela vedação de toda e qualquer publicidade comparativa,<sup>162</sup> são elas:

Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: (...) III - zelar pela sua integridade material ou reputação.

Art. 131. A proteção de que trata esta Lei abrange o uso da marca em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular.

Art. 189. Comete crime contra registro de marca quem:

I - reproduz, sem autorização do titular, no todo ou em parte, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem: (...)

III - emprega meio fraudulento,<sup>163</sup> para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;

---

<sup>159</sup> Artigo 4º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor

<sup>160</sup> Artigo 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor

<sup>161</sup> O princípio da veracidade também encontra guarida em outras disposições, tais como o art. 10 *bis*, item 3, da Convenção União de Paris, o artigo 195, incisos I, II, VII e XIII, da Lei de Propriedade Industrial, o art. 17, inciso II, alínea *a*, do Decreto 57.690/1966 e o artigo 27 do Código do Conar.

<sup>162</sup> OLIVEIRA, 2015, pp. 44-45

<sup>163</sup> Schmidt (2002, pp. 5-6), apoiado em Nelson Hungria e Celso Delmanto, entende que a publicidade em que se diz os produtos do anunciante melhores dos que os do concorrente (designado nominalmente ou de modo inconfundível), ainda que verdadeira, configura meio fraudulento para desviar em proveito próprio a clientela de outrem, sendo como tal um ato de concorrência desleal.

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências<sup>164</sup>

Além dessas regras, destaca-se o artigo 132, cujo inciso IV estabelece que o titular da marca poderá impedir sua citação em obras de conotação comercial e que lhe prejudiquem a distintividade. Nesse contexto, a partir do momento em que a lei passou a considerar como uma violação à marca a sua citação em propaganda comercial de outrem, os arts. 32 e 43 do Código Autorregulamentador tornaram-se contraditórios”<sup>165</sup>, tornando indefinida mais uma vez a questão da publicidade comparativa.

Dado o conflito das disposições legislativas brasileiras, não surpreende que a doutrina também interprete o ordenamento de maneira não unânime. Os partidários da publicidade comparativa defendem que esta não implica concorrência desleal na medida em que a menção à marca alheia não configura violação ao direito marcário,<sup>166</sup> já que “a referência dá uma informação verdadeira e útil ao público, perfeitamente compatível com a lealdade da concorrência”,<sup>167</sup> fora as vantagens já elencadas. Minoritariamente, encontramos ainda autores como Valente<sup>168</sup>, que entendem estar a publicidade comparativa amparada pelo direito fundamental à liberdade de expressão.

Assim, por permitir uma informação verdadeira e útil ao público, poderá ela ser limitada apenas em circunstâncias muito específicas, tais como os casos de publicidade enganosa, difamatória, abusiva, ou em desrespeito às disposições do artigo 32 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Como adeptos dessa linha podem ser citados Fábio Ulhoa Coelho, Ada Pellegrini Grinover, Nathalia Mazzonetto,<sup>169</sup> Patrícia Luciane de Carvalho<sup>170</sup>, Carlos Alberto Bittar<sup>171</sup>, Ricardo Lagreca Siqueira e Dânae Dal Bianco<sup>172</sup>.

Do outro lado do debate, há aqueles – Marco Antonio Pereira,<sup>173</sup> Lélío Schmidt,<sup>174</sup> José D’Affonseca Gusmão<sup>175</sup>—que entendem que não há na legislação brasileira permissão

---

<sup>164</sup>BRASIL, 1996.

<sup>165</sup>SCHMIDT, 2002, p. 10

<sup>166</sup>BESER, 2011, p. 24

<sup>167</sup>ASCENSÃO, 2002, p. 9

<sup>168</sup>ABPI 135, p. 26

<sup>169</sup>Apud BRASIL, 2014, pp. 11 e 14

<sup>170</sup>2012, p. 42

<sup>171</sup>Apud BESER, 2011, pp. 26-27

<sup>172</sup>1998, p. 1

<sup>173</sup>2009, pp. 202-206

<sup>174</sup>2002, p. 6

<sup>175</sup>Apud SCHMIDT, 2002, p. 6

expressa para a citação de marca de titularidade alheia no seio da publicidade comparativa. Pelo contrário, o teor do artigo 132 da Lei de Propriedade Industrial, em seu inciso IV, estabeleceria “*a contrario sensu* e de modo residual, em quais situações esta faculdade poderá ser exercida. Assim, caso a citação da marca se dê em publicação que possua conotação comercial ou traga prejuízo para o caráter distintivo da marca, o proprietário desta poderá a tanto se opor”<sup>176</sup>. No mesmo sentido estariam as disposições do artigo 131 e 130, inciso III, do mesmo diploma.

Esse grupo entende também que o requisito de veracidade do conteúdo veiculado apontado pelo primeiro grupo não poderia socorrer à publicidade comparativa, posto que “o titular da marca tem direito a que um concorrente não faça publicidade para falar mal desta, ainda que para dizer a verdade”<sup>177</sup>. Esses doutrinadores assinalam ainda que haverá denigramento do concorrente ainda quando a comparação for implícita, bastando que ele seja passível de fácil de identificação pelo público da mensagem publicitária.<sup>178</sup> Finalmente, rejeitam eles o argumento da liberdade de expressão, pelas mesmas razões que aqui se considerou que o controle da publicidade não configura espécie de censura.

Para esses autores, portanto, a publicidade comparativa implicaria utilização de método desleal de concorrência,<sup>179</sup> não havendo qualquer condição que a justifique, na medida em que ela inevitavelmente

seria parcial e tendenciosa, devendo o público ter liberdade de escolha e não ser induzido por força da publicidade, e, ainda, que haveria um grau de aproveitamento da reputação da marca alheia possibilitando causar-lhe prejuízo, além de configurar enriquecimento sem causa.<sup>180</sup>

Não obstante as divergências, a doutrina entra em consenso quanto a algumas modalidades de publicidade comparativa, menos relevantes para este trabalho. O primeiro consenso é quanto à ilicitude da modalidade enganosa, pois, ao basear-se em dados inverídicos para levar o consumidor a erro, atenta contra o princípio da veracidade e caracteriza a hipótese de concorrência desleal prevista no artigo 195, inciso I, da Lei de Propriedade Intelectual. Essa modalidade não nos interessará por já estar suficientemente delimitada e clara sua ilegalidade.

---

<sup>176</sup> GUSMÃO apud SCHMIDT, 2002, p. 6

<sup>177</sup> SCHMIDT, 2002, p. 7

<sup>178</sup> RUTE, FABRE, FOURÈS e SORDELLI, todos apud SCHMIDT, 2002, p. 12

<sup>179</sup> PEREIRA, 2009, p.44

<sup>180</sup> OLIVEIRA, 2015, p. 48

O segundo consenso diz respeito à modalidade denominada genérica, em que não há menção expressa ao concorrente: a comparação se dá em termos gerais tais como “o melhor”, “mais gostoso” e afins. Reputada lícita pelo fato de não se utilizar de signo distintivo alheio, ela deixa de nos ser relevante por duas razões: por não contemplar marca alheia em seu bojo e por não identificar o concorrente nem implicitamente, de forma que se entende que ela sequer pode ser caracterizada como publicidade comparativa<sup>181</sup> nos termos já expostos.

O último consenso toca à publicidade comparativa isenta, cujo objetivo não é estabelecer um juízo de preferência entre os produtos comparados, mas de esclarecer suas diferenças. Seria o caso, por exemplo, de loja de eletrodomésticos que, no intuito de anunciar uma promoção de liquidificadores, elabora folheto com os diversos modelos que estarão à venda. Para essa modalidade, a doutrina se inclina por sua licitude na medida em que vê nela um objetivo informacional, de auxiliar o consumidor em sua escolha. Contudo, uma vez que lhe carece o elemento da competição – o anunciante em tese não obteria vantagem na venda de um produto em detrimento do outro –<sup>182</sup> não será ela alvo de análise por ser esse elemento, como visto, essencial à caracterização da concorrência desleal.

A este trabalho interessará, portanto, apenas a publicidade verídica em que há uma identificação do concorrente, explícita ou implícita, e que é justamente sobre onde recai a maior parte do debate doutrinário. Mais precisamente, busca-se saber como a jurisprudência tem se manifestado sobre a publicidade comparativa desleal.

### **3A PUBLICIDADE COMPARATIVA DESLEAL NO CONAR E NO JUDICIÁRIO**

Ante um arcabouço normativo um tanto quanto confuso e a polarização da doutrina, ficou a cargo dos aplicadores do Direito dar um sentido à publicidade comparativa e, com isso, definir os limites da utilização de marca alheia nesse tipo de publicidade e os reflexos de tais limites na caracterização de eventual concorrência desleal. Antes, porém, algumas considerações metodológicas devem ser feitas.

---

<sup>181</sup> Tanto não há comparação efetiva que o próprio Conar já entende que essas publicidades não precisam ser sustadas, pois seu alcance é bem apreendido pelo consumidor, acostumado que está às expressões exageradas da prática comercial. (SCHMIDT, 2002, pp. 15-16)

<sup>182</sup> OLIVEIRA, 2015, pp. 45-46

### 3.1 Considerações Metodológicas

Para uma pesquisa sobre o tema, duas instâncias são interessantes a serem observadas: o Conar e o Judiciário. Por ser o Conselho voltado exclusivamente à regulação da publicidade, analisando e julgando grande número de casos sobre o tema (Tabela I abaixo), esta pesquisa inicialmente se voltou para as decisões do Conar.

**Tabela I – Estatísticas do Conar**<sup>183</sup>

REPRESENTAÇÕES AJUIZADAS				REPRESENTAÇÕES JULGADAS			
	Publicidade Comparativa	Total	%		Publicidade Comparativa	Total	%
2003	42	368	11,41%	2003	21	294	7,14%
2004	40	309	12,94%	2004	13	255	5,10%
2005	42	361	11,63%	2005	17	228	7,46%
2006	25	303	8,25%	2006	06	279	2,15%
2007	32	330	9,70%	2007	00	285	0,00%
2008	28	448	6,25%	2008	07	267	2,62%
2009	28	343	8,16%	2009	16	270	5,93%
2010	31	376	8,24%	2010	18	301	5,98%
2011	27	325	8,31%	2011	19	321	5,92%
2012	42	357	11,76%	2012	19	327	5,81%
2013	31	340	9,12%	2013	12	310	3,87%
2014	35	308	11,36%	2014	14	294	4,76%
2015				2015	13	136	9,56%
Média anual	33,6	347,3		Média anual	14,6	297,2	
Total	403	4168	9,67%	Total	175	3567	4,91%

No entanto, duas dificuldades intransponíveis fizeram com que o trabalho mudasse de direção. A primeira delas diz respeito ao fato de que os documentos do Conar que estão disponíveis ao público são meros resumos do caso, de forma que não permitem uma análise aprofundada da opinião do Conselho. Ilustrativamente, veja-se o que está disponível no sítio do Conar para o já referido caso das sandálias Glitter e Havaianas:

<sup>183</sup> Fonte: elaboração própria, com base nos dados disponíveis no sítio <www.conar.org.br>

*Representação nº 258/99*

**Autores:** Almap/BBDO e São Paulo Alpargatas

**Anunciante:** Bison

**Relator:** José Francisco Queiroz

**Decisão:** Sustação

Outdoors e busdoors reproduzem foto de sandália Glitter, fabricada pela Bison, com o título "Brasileira arrasa com havaiana".

Fabricante das tradicionais sandálias Havaianas, a São Paulo Alpargatas e sua agência escreveram ao Conar protestando contra o uso da sua marca em anúncio de concorrência, agravado pelo teor da frase, que não corresponde à verdade, uma vez que Havaianas detém share de mercado próximo de 90%, enquanto o produto da Bison sequer é mencionado na pesquisa. Foi concedida liminar sustando a exibição da peça.

A Bison enviou defesa, onde diz que não teve a intenção de tecer comparação entre o seu produto e Havaianas, que não seriam, inclusive, produtos equivalentes. Informou também que não pretende mais se utilizar dos anúncios.

O relator considerou frágeis as razões da defesa e, ainda que concordasse que são fabricadas a partir de diferentes matérias-primas, as sandálias destinam-se a consumidores de perfil semelhante, que podem entender que um produto "arrasou" com o outro, tornando-se líder de mercado. Por isso, propôs a manutenção da sustação, voto acolhido pela maioria dos conselheiros.<sup>184</sup>

A segunda dificuldade refere-se ao fato de que o Conar não é órgão jurídico – seus Conselheiros são publicitários. E seu Código, enquanto um manual sobretudo de ética, faz com que as decisões do órgão sejam “baseadas em valores como ética, equidade, justiça, moral e bons costumes, não havendo extremo rigor formal acerca do trâmite processual, ao contrário do que ocorre com os processos no judiciário.”<sup>185</sup> Entendeu-se, assim, que uma pesquisa sobre o Conar, não obstante interessante e válida, prejudicaria o caráter jurídico do trabalho.

Voltou-se, então, para o Poder Judiciário, o qual se costuma acionar através de ação de perdas e danos fundamentadas em concorrência desleal. Inicialmente focada nos Tribunais de Justiça, sobretudo os de São Paulo e Rio de Janeiro, por serem as unidades da federação que mais concentram empresas, a pesquisa novamente mudou de rumo, dessa vez em função da grande quantidade de acórdãos que foram encontrados sobre publicidade comparativa (Tabela

---

<sup>184</sup> CONAR, 1999

<sup>185</sup> BIANCO; SIQUEIRA, 1998, p. 9

II abaixo), <sup>186</sup> os quais não obstante interessantes para pesquisa qualitativa futura, inviabilizariam uma análise qualitativa de fôlego.

**Tabela II – Estatísticas do Judiciário**<sup>187</sup>

<b>Tribunal</b>	<b>Nº de acórdãos</b>	<b>Tribunal</b>	<b>Nº de acórdãos</b>	<b>Tribunal</b>	<b>Nº de acórdãos</b>
TJBA	6	TJMS	6	TJRS	35
TJDFT	6	TJPA	3	TJSC	9
TJES	2	TJPE	1	TJSP	71
TJMA	2	TJPR	56	STJ	12
TJMG	2	TJRJ	5	TRE-SP	2
<b>TOTAL</b>		220 acórdãos			

Em um nível acima da hierarquia judiciária, no Superior Tribunal de Justiça, a pesquisa <sup>188</sup> sobre publicidade comparativa foi bastante feliz, tendo resultado em doze acórdãos. Dentre eles, apenas dois <sup>189</sup> diziam respeito à publicidade comparativa propriamente dita: o primeiro, o Recurso Especial 1.377.911/SP, que se dizia o primeiro precedente desta colenda Corte de Justiça a respeito do tema e que chegou a ser destacado no informativo de jurisprudência, e o Recurso Especial 1.481.124/SC, cujo acórdão nada mais fez que aplicar o entendimento firmado no primeiro recurso, dando indícios de que este havia se tornado referência.

Nesse contexto, ficou claro que o trabalho mais proveitoso seria menos uma análise qualitativa da jurisprudência nacional e mais uma análise crítica do REsp 1.377.911. A uma, pois o STJ, por seu escopo nacional e papel de uniformizador da jurisprudência, com esse acórdão pacifica (ou pretende pacificar) a questão, servindo de norte importante para o posicionamento a ser firmado pelos tribunais brasileiros acerca da matéria, ainda que não e

<sup>186</sup> Em consulta ao portal *on-line* JusBrasil, que congrega acórdãos de todo o país, a busca com o termo “(publicidade comparativa) OR (propaganda comparativa)” resultou em 220 acórdãos, mas é possível que haja ainda outros, já que não foi possível saber o quão abrangente é a base de dados do sítio JusBrasil. Cabe destacar igualmente que a pesquisa revelou decisões emanadas por cortes eleitorais, algo que não era de forma alguma esperado e que, justamente por isso, configura tema interessante de ser abordado em pesquisa futura.

<sup>187</sup> Fonte: elaboração própria, com base nos dados disponíveis no sítio <www.jusbrasil.com.br>

<sup>188</sup> O termo utilizado para a pesquisa foi propositadamente mais amplo: “(publicidade ou propaganda) prox10 compar\$”.

<sup>189</sup> Um dos acórdãos, por exemplo, discutia a imposição de *astreintes* em processo que versava sobre a legalidade de determinada publicidade comparativa, mas a questão efetivamente decidida não era essa. Os outros nove acórdãos traziam questão relativa ao princípio da publicidade, entendido como a determinação de que os atos da Administração Pública sejam levados ao conhecimento do público, afastando-se da noção aqui apresentada de publicidade enquanto instrumento de *marketing*.

trate de recurso representativo da controvérsia. A análise desse caso, portanto, equivale à de dezenas de outros que correm perante os Tribunais de Justiça.

A duas, por se tratar de julgamento extremamente recente – o acórdão foi publicado há menos de um ano, em 19 de dezembro de 2014 – e que, ao que se tem notícia, ainda não foi alvo de nenhum trabalho acadêmico. Esta monografia, portanto, seria a primeira obra sobre o caso, revestindo-se com isso de grande relevância, atualidade e, principalmente, de responsabilidade.

E a três, pelo fato de que, como será visto a seguir, o caso foi fruto de um debate jurídico extenso, mais especificamente sobre “se é lícita a propaganda comparativa entre produtos e marcas distintas e, em caso positivo, quais são os seus limites”<sup>190</sup>. A discussão envolveu três votos e portanto três visões distintas sobre a matéria, mostrando que tem fôlego para ser desenvolvido sozinho no trabalho. Assim, passa-se a ele.

## **3.2 O Recurso Especial 1.377.911**

### **3.2.1 A Controvérsia**

O Recurso em questão teve como base fática informe publicitário veiculado na mídia televisiva brasileira no ano de 2007, no qual a Nestlé (Dairy Partners Americas Brasil Ltda.<sup>191</sup>), objetivando divulgar o lançamento de seu produto Nesvita, fez comparação expressa com a marca concorrente Activia, ressaltando as qualidades de seu produto. Ambientado em um mercado cujas gôndolas traziam clara exposição visual de ambas as marcas, o diálogo continha o seguinte teor :

MULHER (1): Intestino preguiçoso, né?

MULHER (2): Oi?

MULHER (1): Vem cá. Você já comparou a tabela nutricional da Nesvita com esse?

MULHER (2): Como é que é?

MULHER (1): Compara só. Nesvita, além de auxiliar no funcionamento do intestino, tem 18% menos calorias e 26% menos gorduras e além disso, vem com 2 vezes mais cálcio. Fora que ele é o único que combina actifibras e probióticos. E é uma delícia.

---

<sup>190</sup> BRASIL, 2014, p. 7

<sup>191</sup> A Dairy Partners Americas Brasil é a o braço brasileiro da joint venture formada pela Nestlé e a cooperativa neozelandesa Fonterra, que é a maior empresa de produtos lácteos da América do Sul.



LOCUTOR: Nesvita da Nestlé é o único que combina actifibras e probióticos que auxiliam no funcionamento do intestino. Experimente Nesvita, leve 2 e pague 1 para sentir a diferença.<sup>192</sup>

Sentindo-se lesada, a Danone, proprietária da marca registrada Activia, ajuizou ação de obrigação de não fazer cumulada com indenização por perdas e danos em face da Nestlé, para que se abstinhasse de utilizar aquela marca em sua campanha publicitária. A sentença deu ganho de causa à Danone, condenando a Nestlé a se abster da veiculação de qualquer publicidade que utilize, sem autorização, as marcas da Danone e a reparar os danos materiais e morais sofridos, fixando multa em caso de descumprimento.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, reformou a sentença para julgar improcedente o pedido, por entender não se caracterizar a concorrência desleal quando houver mero esclarecimento das diferenças entre os produtos, sem qualquer sugestão ou insinuação de ofensa à marca ou ao produto da concorrente. Entendeu, ainda, que o comercial não poderia ser reprimido em respeito à liberdade publicitária.

PROPRIEDADE INDUSTRIAL - Marca - Propaganda comparativa feita pela ré - Esclarecimento das diferenças entre os produtos - Inexistência de sugestão ou insinuação de ofensa à marca ou ao produto da concorrente - Concorrência desleal não caracterizada - Ação de obrigação de não fazer c.c reparatória improcedente - Recurso provido.

Contrariada em sua pretensão, a Danone interpôs recursos especial e extraordinário<sup>193</sup>. Em suas razões de recurso especial, alegou dissídio jurisprudencial e violações a normas infraconstitucionais.<sup>194</sup> Nas palavras do Relator:

Alega que a DAIRY PARTNERS fez uso injustificado e ostensivo das marcas DANONE e ACTIVIA em sua estratégia publicitária para o lançamento do iogurte funcional NESVITA, tornando letra morta o preceituado na Lei de Propriedade Industrial e no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.

Argumenta que o registro marcário validamente expedido confere ao titular da marca a exclusividade de uso do sinal, assim como o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação, conforme estabelecem os arts. 129 e 130, inc. III, da Lei n. 9.279/1996.

---

<sup>192</sup> DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA, 2007

<sup>193</sup> O recurso extraordinário foi inadmitido na origem, decisão contra a qual a Danone interpôs agravo em recurso especial. O Ministro Gilmar Mendes conheceu do agravo para negar-lhe provimento, ao fundamento de que a violação constitucional seria reflexa.

<sup>194</sup> Fora aventada também preliminar de violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o acórdão recorrido teria se omitido quanto a certas questões. Pela irrelevância do argumento para este debate, não será ele objeto de análise.

Alega que o art. 131 do mesmo diploma contém vedação expressa à publicidade que utilize marca alheia sem autorização. Sustenta que em nenhum dos incisos do art. 132 da Lei de Propriedade Industrial há permissão para o uso de marca alheia em publicidade própria.

Aduz que os idealizadores da publicidade comparativa sustentam que o consumidor tem o direito de ser informado sobre os produtos que estão no mercado, porém esta pode ser tendenciosa e não verdadeira, objetivando o desvio de clientela, o que é a característica principal da concorrência parasitária. Garante que a Lei de Propriedade Industrial veda o crime de concorrência desleal, não havendo dúvida sobre a ilegalidade da publicidade veiculada pela recorrida.<sup>195</sup>

Definida nesses limites, a controvérsia deu azo a três votos, dois diametralmente opostos – os do Ministro Luis Felipe Salomão, relator do caso, e do Ministro Raul Araújo – e um terceiro, que reafirma e complementa o voto do relator, da lavra da Ministra Isabel Galoltti.

### **3.2.2Os Votos**

O relator do caso principiou sua análise do mérito<sup>196</sup> através de um minucioso estudo da doutrina e dos instrumentos legislativos específicos à publicidade comparativa, daí inferindo que tal técnica encontra respaldo no ordenamento brasileiro, limitada apenas pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e da Lei de Propriedade Industrial já referidas no tópico anterior.

Disso resultou que a publicidade comparativa ilegal é aquela que induz o consumidor a erro, seja porque causou confusão entre as marcas, seja porque depreciou a marca alheia em seu benefício, seja porque prestou informações falsas e não objetivas, todas essas condutas contribuindo para uma degenerescência ou para um desvio – em todas as hipóteses fraudulentos – de clientela.

Ao ver do Ministro, a publicidade da Nestlé configurou, na verdade, efetivo instrumento de decisão para o consumidor, posto que foram prestados esclarecimentos objetivos, pelos quais se pode comparar as propriedades de cada produto, tudo isso sem denegrir a marca da Activia. Entender de modo diverso, segundo ele, não apenas implicaria

---

<sup>195</sup> BRASIL, 2014, p. 4

<sup>196</sup> Havia ainda uma preliminar de violação ao artigo 535 (omissão do acórdão recorrido) que foi rejeitada de plano pelo relator.

retirar do consumidor maior acesso às informações referentes aos produtos comercializados, mas também impedir a livre iniciativa e a livre concorrência, ensejando restrição desmedida às atividades econômica e publicitária.

O relator ressaltou ainda que o caso não guardava qualquer similitude fática com o acórdão indicado como paradigma pela Danone, uma vez que nele se discutiu acerca das marcas Kwell e Kweell, claramente passíveis de confusão aos olhos do consumidor, o que já não era passível de ocorrer com as marcas Activia e Nesvita.

Proferido o voto pelo desprovimento do recurso especial em 11 de fevereiro de 2014, o Ministro Raul Araújo pediu vista dos autos para estudar mais detidamente o assunto. Na semana seguinte, trouxe voto diametralmente oposto ao do relator, em que concluiu por dar provimento ao recurso especial para julgar parcialmente procedente a demanda, condenando a Nestlé a, dentre outras coisas, se abster de veicular publicidade que utilize sem autorização as marcas da concorrente.

Para firmar seu entendimento, entendeu que a interpretação sistemática dos dispositivos da Constituição Federal, da Lei de Propriedade Industrial, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e do Decreto. 57.690/66 conduz ao entendimento de que o sistema brasileiro de proteção marcaria dá ao titular do registro diversos direitos, dentre os quais o de exclusividade do uso da marca e o de impedir citação de sua marca em publicação comercial que lhe seja desfavorável.

A consequência desse raciocínio é a legalidade da publicidade comparativa implícita – em que há tão-somente uma alusão genérica ou subjetiva ao produto/marca concorrente – uma vez respeitados os limites detalhados pelo relator e não se caracterizando a publicidade enganosa ou abusiva. Assim, o voto focou na licitude, ou não, da publicidade comparativa explícita, ainda que baseada em informações verídicas e que não denigra a imagem do produto ou do serviço comparado, tal como foi o caso da veiculada pela Nestlé.

No sentir do ministro, o ordenamento jurídico brasileiro vedaria claramente a utilização da marca de titularidade de terceiro em razão do direito de exclusividade estabelecido pelo artigo 129 da Lei de Propriedade Industrial e do artigo 17, inciso I, alínea c do Decreto 57.960/1966, sobretudo no que diz respeito a fins comerciais – e especialmente por força do artigo 132, inciso IV, do mesmo diploma.

A razão para uma tal vedação, segundo o ministro, decorreria da parcialidade que é, a seu ver, inerente à publicidade comparativa. Nesse tipo de publicidade, o produto anunciado seria sempre destacado quando confrontado com o concorrente, de forma que seria difícil conceber uma publicidade comparativa explícita em que não houvesse prejuízo à imagem ou

à marca do concorrente. Em outros termos, a análise das marcas comparadas nunca será isenta, ao contrário do que ocorre, por exemplo, na divulgação feita por revistas especializadas de resultados comparativos do desempenho de automóveis testados por equipe técnica.

Com relação ao artigo 32 do Código do Conar, que supostamente autorizaria a publicidade comparativa explícita, explicou que ele é limitado pelo artigo 43 do mesmo Código, que dispõe que o anúncio veiculado deve respeitar as marcas de titularidade de terceiros. No mais, o Código configuraria mera norma consuetudinária, não podendo prevalecer sobre a legislação federal de proteção ao direito marcário, a qual não traz qualquer ressalva ao direito de exclusividade no uso de marca para a hipótese de publicidade comparativa.

Por fim, o Ministro rebateu o argumento de liberdade constitucional de imprensa como fundamento para a legitimidade da publicidade comparativa explícita e verídica, conforme invocado pelo voto do relator, pois nessa espécie não é o interesse público de informação ao consumidor que prepondera, mas sim o interesse individual e comercial de auferir vantagem em relação ao produto concorrente. A intenção primária do anunciante não é defender o consumidor, garantindo-lhe o direito à informação, mas amealhar uma fatia do mercado (*market share*) que pertence ao concorrente; assim, a proteção marcária, também prevista na Constituição Federal (art. 5º, XXIX), deve prevalecer.

Dessas considerações, inferiu ele que o uso explícito e não autorizado de marca alheia registrada, em publicidade comparativa, ofende a legislação vigente, o que autorizaria o reconhecimento da ilicitude da propaganda comparativa divulgada pela ora recorrida. A Quarta Turma do STJ, porém, não chegou a prosseguir no julgamento, dado o novo pedido de vista que fora feito, dessa vez pela Ministra Isabel Gallotti.

Seu voto veio quase oito meses depois e, assim como o do Ministro Raul Araújo, focou apenas na publicidade comparativa explícita, uma vez que, a seu ver, a publicidade comparativa implícita é amplamente admitida na prática comercial, dada a frequência com que são veiculados anúncios contendo expressões tais como “o único”, “o primeiro”, “o maior”.

Entendendo não haver no direito brasileiro regulamentação legal específica que trace os limites acerca da menção ou da exposição da imagem de marcas/produtos concorrentes, a Ministra passou a analisar os dispositivos tidos por violados pela Danone.

Dado que não houve uso da marca – ou seja, em nenhum momento a Nestlé pretendeu se apropriar da marca Activia ou fazer com que o consumidor adquirisse o iogurte Nesvita

acreditando estar adquirindo iogurte Activia – mas exatamente o contrário, pois se evidenciou se tratar de produtos distintos e concorrentes, ressaltando as características nutricionais<sup>197</sup> do produto anunciado, entendeu-se ter sido configurada, na verdade, mera exposição comparativa, que se reputa distinta do uso da marca e, portanto, lícita.

Dado, também, não ter havido informação inverídica ou de afirmações subjetivas que levassem à infâmia ou à depreciação do concorrente Activia, não haveria qualquer dever de indenizar ou justificativa para a proibição da publicidade. Uma vez que os dados sejam verdadeiros e objetivos, não há impedimentos a que se veicule publicidade comparativa enfatizando as características positivas de seu produto em relação ao do concorrente. A Ministra considerou ainda que a publicidade comparativa pode até mesmo ter efeito reverso, ajudando, ainda que de forma indireta, a consolidar a ideia de que o produto a que se compara o produto anunciado é a referência no mercado.

Assim, os deveres da lealdade na competição pelo mercado e da informação objetiva e verdadeira constituem limites à menção ao concorrente, não podendo, contudo, implicar uma vedação a tal ato. Admitir-se a vedação à publicidade comparativa explícita, desde que respeitados tais limites, acabaria por tolher a liberdade e a criatividade publicitárias, além de restringir a informação e subestimar a capacidade de decisão e o grau de entendimento do consumidor, o que, ao ver da Ministra, apenas traz prejuízos ao espírito de livre concorrência.

Proferido esse voto-vista, os Ministros Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi acompanharam o Ministro Relator e a Quarta Turma, por maioria, negou provimento ao recurso especial interposto pela Danone Ltda., consagrando a legalidade da publicidade comparativa objeto do recurso e abrindo espaço para que novas publicidades comparativas, uma vez respeitadas as condições estabelecidas no voto do relator, possam ter sua legalidade confirmada.

Sem dúvidas de que se trata de um grande precedente que seguramente influenciará outros julgamentos sobre o tema. Cumpre, então, analisar criticamente as considerações expostas em cada um dos votos a partir dos instrumentais jurídicos adquiridos até aqui, bem como refletir se é desejável que esse precedente sirva de direção para outros julgados vindouros.

---

<sup>197</sup> Ressalta-se que a exatidão das características nutricionais apresentadas não foi objeto de questionamento pela Danone, descartando-se assim a discussão a respeito de publicidade enganosa.

## CONCLUSÃO

Nascidos na França revolucionária, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência despontam com força no Brasil a partir da Constituição de 1988. Junto com eles, porém, veio a lição de que seu exercício abusivo tem o potencial de violar direitos dos consumidores, dos outros concorrentes e da coletividade em geral.

Para fazer frente a esses riscos, o Estado passou a intervir e a regulamentar a matéria, tratando de extirpar do mercado todas as práticas “que possam restringir a atuação do agente econômico de forma não compatível com o seu direito de nele permanecer”<sup>198</sup>.

Assim, e com vistas a proteger os demais agentes econômicos, o Direito inicialmente se socorreu da teoria da responsabilidade civil extracontratual, aplicada pioneiramente pelas cortes francesas. Quando a proteção atingiu o nível legislativo, porém, o modelo seguido foi o alemão, com sua fórmula de cláusula geral seguida de rol exemplificativo de condutas a serem reprimidas. Surge então o instituto específico da concorrência desleal, a que coube à doutrina analisar e definir seus fundamentos e limites.

Com relação à primeira parte do termo – concorrência – seu conceito é facilmente apreendido: trata-se da disputa, entre distintos agentes econômicos, pela participação em um dado mercado que, por sua vez, é definido com base nas identidades produto, geográfica e temporal identificadas.

Já no que tange à segunda parte – desleal – a doutrina converge quanto à ideia de que ela abrange práticas desconformes às normas e aos usos honestos, mas o conceito na realidade é de difícil caracterização. Nesse contexto de insegurança jurídica, propõe-se aqui que a formulação germânica do princípio da prestação seja utilizada como ferramenta hermenêutica apta a distinguir as práticas leais das desleais. A deslealdade se verifica, assim, na medida em que os atos de concorrência se fundam não apenas na prestação própria, mas no aproveitamento parasitário de elementos empresariais alheios.

Uma das figuras mais ricas e complexas do Direito de Propriedade Intelectual, por sua diversidade de funções e expressivo potencial econômico, a marca é por isso um dos pontos

---

<sup>198</sup> BASTOS, 1995, p. 7

mais nevralgicos do estudo da concorrência desleal. Sua função publicitária, ligada à capacidade da marca de atrair consumidores, faz com que muitas vezes elas sejam justamente o cerne da questão concorrencial. No caso específico da publicidade, são tipicamente classificados como atos desleais a publicidade que gera confusão e o *marketing* de emboscada.

Outra modalidade publicitária que pode veicular atos desleais é a publicidade comparativa, aqui entendida como aquela que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços ofertados por um concorrente. Sua (i)legalidade, porém, não se encontra bem definida pelo panorama legislativo brasileiro, sobretudo no que toca à publicidade comparativa verídica.

Isso porque, no pouco que é regulada, é conflitante: tem-se, de um lado, um Código Autorregulamentador que a permite expressamente, mas que não tem força de lei; de outro lado, a Lei de Propriedade Intelectual e o Código de Defesa do Consumidor têm força coercitiva, mas não regulam o tema expressamente, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos e na União Europeia.

A doutrina, então, divide-se: há os que entendem que a publicidade comparativa informa os consumidores e promove a concorrência, devendo ser permitida nos limites já estabelecidos pelo controle privado da publicidade, e há os que entendem que a legislação não permite expressamente a utilização de marca alheia no seio da publicidade comparativa, inviabilizando assim a publicidade comparativa, inclusive a implícita.

E os aplicadores do Direito, que sentido dão eles a esse arcabouço legislativo? Deve-se admiti-la, provado que não atenta contra os princípios consumeristas, uma vez que a citação de marca não configuraria seu uso? Deve-se admiti-la ainda que se entenda haver uso de marca, por representar o direito do consumidor um bem maior a ser protegido? Deve-se proibir somente sua modalidade explícita, uma vez que a citação de marca alheia configuraria afronta aos direitos do detentor do registro? Deve ela ser proibida em qualquer hipótese, por não ser possível uma comparação que não denigra a imagem do concorrente? A ausência de uma legislação expressa sobre o tema autorizaria a aplicação do Código do Conar, enquanto fonte subsidiária? Nenhuma das anteriores?

A partir de dezembro de 2014, a probabilidade é alta de que tais aplicadores seguirão o quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.377.911, em que a Danone acusava a Nestlé de ter indevidamente utilizado a marca Activia, de sua titularidade.

Com a coragem de enfrentar um tema até então inédito na Corte, o debate travado por sua Quarta Turma espelhou a divergência verificada em nível doutrinário.

Como já observado, a ilegalidade da publicidade comparativa que presta informações falsas é tranquila tanto na doutrina quanto nos diplomas legais pertinentes – o CDC e a Lei de Propriedade Industrial. Sua modalidade genérica também não desperta maior interesse, posto que o consumidor sabidamente não leva a sério suas expressões superlativas e tampouco há a utilização de marca alheia com a qual se preocupar.

O grande debate fica então reservado à publicidade comparativa verídica, em que se deve conciliar, de um lado, os direitos dos titulares de marcas e, de outro, os direitos dos consumidores e da coletividade. A questão fica ainda mais complexa quando se trata de informação que, além de útil aos consumidores, é divulgada de maneira clara, de forma a não afetar a distintividade da marca comparada.

Para o STJ, em casos tais a balança há de pender para o lado dos consumidores e da coletividade. Concordamos com essa posição: uma vez que a publicidade comparativa é verídica, objetiva e não abusiva, não deve configurar concorrência desleal.

Todo empresário tem como objetivo, mediato ou imediato, angariar a clientela dos concorrentes para si. E em uma economia de mercado é natural que assim seja. Também é natural que aqueles mais eficientes – os que conseguiram tornar-se mais baratos, ter mais qualidade em seus produtos etc. – permaneçam em atividade e conquistem clientela em detrimento de outros menos eficientes.

Ao contrário do que entende o Ministro Luis Felipe Salomão, que afirma que a publicidade do caso não denigre o iogurte Activia, toma-se como certo que a publicidade comparativa necessariamente importará uma ofensa à marca comparada. Contudo, não entendemos que esse fato deva ser visto com maus olhos, mas antes incentivado. O ataque ao concorrente é inerente à dinâmica concorrencial. A publicidade comparativa, portanto, além de ser poderoso instrumento decisório do público consumidor e de permitir muitas das vezes o acesso de novos agentes ao mercado, atua também como importante instrumento de concorrência.

Essas três características são todas resguardadas pelo inciso IV do artigo 132 da Lei de Propriedade Intelectual, que curiosamente é o dispositivo no qual se apoiam os opositores da publicidade comparativa. Ao estabelecer que “o titular da marca não poderá impedir a citação da marca em discurso[...], desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter



distintivo”, o que se estabelece são na verdade duas condições: além de o discurso ter conotação comercial, é necessário que a distintividade da marca também tenha sido afetada. Assim, vê-se que sua preocupação não é com a possível ofensa à marca comparada, posto que sabe que isso faz parte do jogo, mas garantir a diferenciação que vai atuar em benefício dos consumidores, dos concorrentes e da concorrência em geral.

Além dessas duas condições, a ausência de lei expressa sobre a publicidade comparativa faz do artigo 32 do Código do Conar um parâmetro para se aferir a deslealdade da concorrência, ainda que tenha força apenas de costume. E, ao contrário do que afirmam alguns autores, não se trata de costume *contra legem* na medida em que, uma vez observados seus requisitos, atuam em favor dos primados constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor, que norteiam a ordem econômica brasileira.

Assim, a interpretação que parece melhor acomodar o arcabouço normativo é a de que não haverá violação marcária na medida em que as condições estabelecidas por esses dois artigos forem verificadas. Somente quando tais primados forem de alguma forma ameaçados é que a publicidade comparativa verídica deverá ser vedada. É o caso, por exemplo, da confusão entre marcas, em que o consumidor é prejudicado por ter sua decisão distorcida e a concorrência, afetada por não mais se diferenciarem os produtos. Nesses casos restritos, ficará caracterizada a concorrência desleal e o empresário lesado terá direito a haver perdas e danos.

Com relação aos votos propriamente ditos, o do Ministro Luis Felipe Salomão tem o mérito de se sustentar em bases sólidas: ele define a publicidade comparativa como a forma de publicidade que identifica explícita ou implicitamente um concorrente de produtos ou serviços afins e liga a concorrência desleal ao desvio fraudulento de clientela. Contudo, incorre ele em uma omissão fundamental: não há qualquer menção à doutrina que defende a primazia do direito de marcas e tampouco são apresentados argumentos que a contestem. O magistrado se limita a trazer excertos de doutrinadores favoráveis à publicidade comparativa, retirando deles as condições sob as quais a publicidade comparativa não configura concorrência desleal. Careceu-lhe, em suma, uma reflexão crítica sobre o tema; não se buscou resolver o aparente conflito de normas, apenas se tomou um número limitado de lições doutrinárias como verdadeiras.

Da mesma forma, o voto divergente também se socorre apenas dos doutrinadores que lhe interessam, negando à questão a reflexão jurídica que merece. É criticável ainda o fato de o Ministro Raul Araújo ter excluído a publicidade comparativa implícita de sua análise, ao fundamento de que não haveria utilização de marca alheia. Ora, se se está falando em

modalidade implícita e não em genérica, há de se convir que de alguma forma a marca comparada é identificada pelo consumidor e, portanto, diferenciada em relação à marca anunciante. E isso, ao contrário do que entendeu o Ministro, deve ser autorizado e não coibido. Quanto ao conteúdo material do voto, já foram tecidas as devidas considerações a respeito da licitude da publicidade comparativa.

Por fim, o voto da Ministra Isabel Gallotti tem um aspecto muito interessante, e pelo qual deve ser elogiado, que é o de se aproximar da ideia de prestação. Embora o comercial da Nesvita pareça malferir tal princípio, já que se utiliza da marca alheia, na verdade ele o respeita, já que se está a divulgar prestação própria: a Nesvita, por seu mérito, elaborou iogurte com valor nutricional melhor que o do concorrente, com menos calorias, menos gordura e o dobro do cálcio. Não há um aproveitamento parasitário do brilho alheio, mas o tradicional golpe ao concorrente, o qual deve ser estimulado.

O mesmo raciocínio se aplica ao comercial veiculado pela Seara e narrado no início deste trabalho, não havendo portanto qualquer justificativa para a proibição da campanha publicitária. E foi o que também concluiu o magistrado na sentença proferida no último 10 de novembro. Entende-se aqui que, muito embora a sentença tenha falhado ao concluir pela inexistência de publicidade comparativa na espécie – ora, a grande “sacada” do comercial é justamente aquebra de expectativa do consumidor, que inicialmente pensa na marca Sadia mas é surpreendido com a resposta Seara –, acerta ela ao entender que só haveria concorrência desleal caso houvesse confusão ou depreciação da marca Sadia.

Assim como o comercial da Nestlé, o da Seara atua como ferramenta de estímulo à concorrência, não devendo ser coibido. Nas palavras do magistrado, “[a] única coisa que se pode extrair do vídeo, assistido na íntegra, é que a ré apresenta seu produto como concorrente do da autora – SADIA. Nada mais saudável num mercado já concentrado e que segundo consta dos autos, a autora possui a maior fatia.”<sup>199</sup>

A marca então não é importante? Obviamente que não. Mas acontece que também o são a livre iniciativa, a livre concorrência e os direitos dos consumidores. Ainda que divulgadas com intuítos claramente comerciais, as informações prestadas pela publicidade comparativa – nesse exemplo e em outros – concorrem para o bom funcionamento do mercado e dão efetividade dos direitos dos consumidores.

---

<sup>199</sup>SÃO PAULO, 2015, p. 5

A proteção à marca, portanto, não pode ser invocada como fundamento absoluto. Vedar informações verídicas, úteis ao público e prestadas de maneira técnica e objetiva não encontra justificativa na medida em que identifica maior eficiência econômica com desvio fraudulento de clientela. Somente o uso abusivo do direito marcário que represente uma ameaça ao consumidor e/ou à concorrência é que deverá ser reprimido.<sup>200</sup>

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aliette Marisa Stefanini Duarte Neves Teixeira de. A Publicidade Enganosa e o Controle Estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 53, p. 11 e ss., jan./mar. 2005

ALMEIDA, José Antônio. Publicidade e Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 21, p. 105-111, jan./mar. 1997

ALTERINI, Atílio Aníbal. Control de la Publicidad y Comercialización. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 12, p. 12-16, out./dez. 1994

AMARAL, Luiz. O Código, a Política e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 6, p. 69-75, abr./jun. 1993

AMATRUDO, Rosangela. Publicidade Abusiva. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 52, p. 163-221, out./dez. 2004

ASCENSÃO, José de Oliveira. O Princípio da Prestação: um Novo Fundamento para a Concorrência Desleal? **Revista de Direito do Consumidor**, v. 44, p. 20-48, out./dez. 2002

ASSAFIM, João Marcelo de Lima. Aspectos de Publicidade por Associação em Eventos Esportivos: Elementos de Tutela da Lealdade na Concorrência. **Revista da ABPI**, n. 133, 32-42, nov./dez. 2014

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. **Resolução n. 81/2012**. Rio de Janeiro, RJ, 20 mar. 2012. Disponível em <<http://www.abpi.org.br/materiais/resolucoes/resolucao81ABPI.pdf>>. Acesso em 18 out. 2015

AWAZU, Luís Alberto de Fischer. Alguns Apontamentos Acerca da Relação entre Ética na Publicidade, a Formação da Criança e seus Aspectos Jurídicos. **Revista de Direito Educacional**, v. 4, p. 233 e ss., jul. 2011

BARBOSA, Denis Borges. **A Doutrina da Concorrência**. 2002. Disponível em <<http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/concorrencia/11.doc>>. Acesso em 18 out. 2015

---

<sup>200</sup>CARVALHO, 2012, p. 43

BASTOS, Celso Ribeiro. O Princípio da Livre Concorrência na Constituição Federal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 10, p. 190-204, jan./mar. 1995

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Controle Jurídico da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 9, p. 25-57, jan./mar. 1994

BESER, Fernanda Varella. **A Publicidade Comparativa e o Direito do Consumidor à Informação**. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2011, 49 fl. Monografia – Programa de Pós-Graduação em Direito da Propriedade Intelectual, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

BIANCO, Dânae Dal; SIQUEIRA, Ricardo Lagreca. A Publicidade Comparativa no Brasil e no Direito Comparado. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 28, p. 111-128, out./dez. 1998

BITTAR, Carlos Alberto. A Concorrência Desleal e a Confusão entre Produtos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 76, out./dez. 1982

\_\_\_\_\_. Concorrência Desleal: a Imitação de Marca (ou de seu Componente) como Forma de Confusão entre Produtos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 85, out./dez. 1985

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 18 out. 2015

BRASIL. Decreto 24.507, de 29 de junho de 1934. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 26 jul. 1934. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24507-29-junho-1934-498477-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Decreto 57.690, de 1º de fevereiro de 1966. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 fev. 1966. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D57690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm) Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Decreto 57.960, de 1º de fevereiro de 1966. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 fev. 1966. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D57690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D57690.htm) Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Decreto 75.572, de 8 de abril de 1975. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 abr. 1975. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75572-8-abril-1975-424105-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 7.903, de 27 de agosto de 1945. **Coleção de Leis do Brasil de 1945**, Rio de Janeiro, RJ, 1975, p. 183. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7903.htm). Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm)>. Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 ago. 2001, Seção 1, pp. 12-15

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Nota Técnica na Averiguação Preliminar 08000.026056/96-30**. Disponível em <[http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao\\_390/Pareceres/ParecerSde-1996-08000-OxigasesLtda-WhiteMartins\\_S\\_A.pdf](http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_390/Pareceres/ParecerSde-1996-08000-OxigasesLtda-WhiteMartins_S_A.pdf)> Acesso em 18 out. 2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.377.911. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 19 dez. 2014. Disponível em <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201202580116&dt\\_publicacao=19/12/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202580116&dt_publicacao=19/12/2014)>. Acesso em 18 out. 2015

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 5.232. **Diário da Justiça**, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1949, p. 3262

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves. Uma Breve Análise sobre a Interface entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. **Revista da ABPI**, n. 124, p. 38-48, mai./jun. 2013

CARVALHO, Patrícia Luciane de. A Marca como Elemento de Propaganda e Publicidade: a Controvérsia entre o CONAR e o INPI. **Revista da ABPI**, n. 118, p. 37-47, maio/jun. 2012

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 1. vol. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. São Paulo, 1980. Disponível em <[www.conar.org.br](http://www.conar.org.br)>. Acesso em 18 out. 2015

CORREIA, Gustavo Bahuschewskyj. As Faces da Proteção do Consumidor no Direito de Marcas. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 71, p. 77-105, jul./set. 2009

CUNHA, Renata Cavalcante Carneiro da. Demanda dos Titulares de Expressões de Propaganda. **Revista da ABPI**, n. 131, 43-56, jul./ago. 2014

DAIRY PARTNERS AMERICAS BRASIL LTDA. **Comercial Nesvita**, 30 s., 2007. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=b-NKvM2IOqk>>. Acesso em 18 out. 2015

DANNEMANN, Gert Egon. A Concorrência Desleal. Uma Pesquisa sobre as Decisões Judiciais dos Tribunais Brasileiros. **Revista da ABPI**, n. 61, p. 55-56, nov./dez. 2002

DUTOIT, Bernard. O Direito da Concorrência Desleal e a Relação de Concorrência; Dupla Indissociável? Uma Perspectiva Comparativa. **Revista dos Tribunais**, v. 717, p. 7-18, jul. 1995

EUROPA. PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/114/CEE do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006 relativa à publicidade enganosa e comparativa. **Jornal oficial da União Europeia**, Estrasburgo, França, 27 dez. 2006, pp. 21-27. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0114&from=PT>> Acesso em 18 out. 2015

FEKETE, Elizabeth Kasznar. A proteção ao consumidor como instrumento de aperfeiçoamento da integração econômica no Mercosul com Especial Relevo para seu Relacionamento com o Direito das Marcas e da Concorrência Desleal. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 20, p.112-126, out./dez. de 1996.

FERNANDES, Almir Garcia; MAYER, Rogério; SCHMIDT, Lélío Denicoli Schmidt. Marcas de Alto Renome e Marcas Notoriamente Conhecidas à Luz do Princípio da Livre Concorrência. **Revista da ABPI**, n. 133, 3-18, nov./dez. 2014

FRANCO, Leandro Alexi. Os Limites Operativos do Direito e a Regulação Jurídica por Incentivos para a Redução da Concorrência Desleal. **Revista do IBRAC**, v. 12, p. 13-50, jan. 2005

FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. A Publicidade Inserida na Relação de Consumo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 1, p. 18, jan. 1998

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Propriedade Intelectual. **Revista dos Tribunais**, v. 907, p. 123-154, maio 2011

GONÇALVES, Luis M. Couto. **Manual de Direito Industrial**. 2. ed. rev. Coimbra: Edições Almedina, 2008

GUSMÃO, José Roberto. **Publicidade Comparativa – Aspectos Jurídicos**. Seminário de Propaganda Comparativa CONAR-ESPM, 1998.

LEONARDOS, Luiz. Apreciação do Conflito entre Marcas e Nomes Comerciais. **Revista da ABPI**, n. 41, p. 35-40, jul./ago. 1999

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O Consumidor e a Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, 1992, p. 149-183, jan./mar. 1992

MARTINEZ, Sergio Rodrigo Martinez. Panorama Normativo do Controle da Publicidade de Consumo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 40, p. 115-128, out./dez. 2001

\_\_\_\_\_. Estrutura Orgânica do Controle da Publicidade de Consumo no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 42, p. 196-221, abr./jun. 2002

\_\_\_\_\_. O Ambiente Conceitual da Publicidade de Consumo e de seu Controle no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 58, p. 223-254, abr./jun. 2006

MARTINO, Luiz Claudio; PAVARINO, Rosana Nantes. Publicidade: Cenários da Emergência de um Fenômeno. In: Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 33., 2010, Caixas do Sul. **Anais...** Disponível em <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2778-1.pdf>>. Acesso em 18 out. 2015

MENELL, Peter; SCOTCHMER, Suzanne. Intellectual Property. In: POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. (Org.) **Handbook of Law and Economics**. Estados Unidos, 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=741424>>. Acesso em 18 out. 2015

MORAES, Maria Antonieta Lynch de. Propriedade Industrial: Espécie de Propriedade Imaterial. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 153, jan./mar. 2002

NAVEGANTES, Amanda Martins. O Marketing de Emboscada e seus Aspectos Controversos. **Revista Eletrônica da IBPI**, v. 9, p. 71-85, 2014

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; TRETTEL, Daniela Batalha. Limites à Publicidade Comercial e Proteção de Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 63, p. 270-284, abr./jun. 2008

OLIVEIRA, Marco Antonio de. A Publicidade Comparativa sob o Prisma Marcário, Concorrencial e Consumerista. **Revista da ABPI**, n. 134, p. 41-49, 2015

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Módulo 04: Marcas (Material Didático). In: **Curso Geral de Propriedade Intelectual**. 2013

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. Notas sobre Direito e Economia das Marcas. **Revista da ABPI**, n. 101, p. 3-8, jul./ago. 2009

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Publicidade Comparativa**. São Paulo: PUC-SP, 2009, 233 f. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009

PIERANGELI, José Henrique. Crimes de Concorrência Desleal (Lei 9.279 de 14.05.1996 – Art. 195). **Revista dos Tribunais**, v. 738, p. 467-495, abr. 1997

RAMSAY, Iain. O Controle da Publicidade em um Mundo Pós-Moderno. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 4, p. 26-41, out./dez. 1992

REALE JUNIOR, Miguel. Concorrência Desleal e Interesse Difuso no Direito Brasileiro. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa**, v. 2, p. 1067, jul. 2011

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ensaio sobre a Publicidade e o seu Regime Jurídico no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, v. 864, p. 20-44, out. 2007

RODYCZ, Wilson Carlos. O Controle da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 8, p. 58-68, out./dez. 1993

SANTOS JUNIOR, Aldo Batista. **O Uso da Marca Registrada Alheia na Publicidade Comparativa**. Sorocaba: UNISO, 2010, 103 f. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura, Universidade de Sorocaba, Sorocaba, 2010

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Ordinária n. 1067726-43.2015.8.26.0100. Autora: BRF S/A. Ré: Seara Alimentos Ltda. Juiz Douglas Iecco Ravacci. São Paulo, 10 de novembro de 2015. Disponível em <[www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151112-06.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151112-06.pdf)>. Acesso em 27 nov. 2015

SCHMIDT, Lélío Dení Coli. A Publicidade Comparativa à Luz da Lei de Propriedade Industrial. **Revista da ABPI**, n. 52, p. 3-15, maio/jun. 2001

\_\_\_\_\_. O Direito de Marcas e a Publicidade Comparativa. **Revista dos Tribunais**, v. 797, p. 140-160, mar. 2002

\_\_\_\_\_. Contrafação de Marca e Concorrência Desleal: Distinções e Semelhanças. **Revista da ABPI**, n. 128, p. 44-50, jan./fev. 2014

SOARES, José Carlos Tinoco. A Concorrência Desleal na América Latina e em Outros Países – Ilícitos Cíveis, Ilícitos Penais, Abuso de Direito e a Concorrência Desleal Através da Publicidade Comparativa e da Publicidade Enganosa. **Revista dos Tribunais**, v. 643, p. 249-272, maio 1989

SOTO, Jesús Huerta de. As Definições Corretas de Monopólio e Concorrência – e por que a Concorrência Perfeita é Ilógica. 2014. Disponível em <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1603>>. Acesso em 9 nov. 2015

SPODE, Guinther. O Controle da Publicidade à Luz do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 43, p. 178-191, jul./set. 2002

STAZJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados**. São Paulo: Atlas, 2004

VALENTE, Luiz Guilherme Veiga. A Publicidade Comparativa no Direito Brasileiro. **Revista da ABPI**, n. 135, p. 22-38, mar./abr. 2015-10-18

XAVIER, José Tadeu Nunes. Os Limites da Atuação Publicitária na Condução de Comportamentos Sociais o Valor da Ética no Controle Jurídico da Publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 81, p. 117-143, jan./mar. 2012